



**La legge n.92 del 2012 (Riforma
Fornero):
un'analisi ragionata**

a cura di Fabrizio Amato e Rita Sanlorenzo

L'ultima riforma del mercato del lavoro è stata portata a segno dal "Governo dei tecnici" con la legge 28 giugno 2012, n. 92, recante «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita» (comunemente nota come Riforma Fornero), a seguito di un *iter* di approvazione del disegno di legge governativo velocissimo, ed alla fine premiato da un voto parlamentare a larghissima maggioranza, condizionato dalla drammatizzazione alimentata intorno alla necessità del varo di una riforma presentata come una delle condizioni da cui far dipendere la stessa permanenza in Europa del nostro Paese.

E' stato così raggiunta una tappa da anni ormai in agenda: quella della vanificazione di buona parte delle tutele e delle garanzie che hanno costituito la "civiltà" del lavoro, sin qui al riparo dallo scudo dell'art. 18 St.lav.

L'analisi critica della Legge Fornero contenuta in questo volume punta innanzitutto al nucleo di sostanza del passaggio "riformatore", soffocato nel dibattito pubblico dalla brusca chiusura in nome dell'emergenza della crisi economica e della necessità di assolvere ad impegni assunti presso le istituzioni europee: in realtà, nell'occasione si è percorso un altro significativo tratto di strada nella direzione, da anni intrapresa, di comprimere gli equilibri segnati dal compromesso costituzionale, confidando ancora nelle capacità di un mercato quanto più libero da vincoli di sprigionare le energie necessarie per la ripresa.

Attraverso i contributi di magistrati del lavoro di lunga esperienza affiancati da studiosi di prestigiosa caratura, questo volume vuole offrire uno strumento di conoscenza e di valutazione del testo legislativo, nonché un mirato esame di quelle sue parti in contrasto con i principi della Carta del 1948, e fornisce ipotesi di interpretazione costituzionalmente orientata delle norme più ambigue.

Fabrizio Amato, magistrato, è presidente del Tribunale di Pistoia, dopo essere stato, per oltre trent'anni, giudice del lavoro in primo grado e in appello. Già coordinatore del "gruppo lavoro" di Magistratura democratica è autore di numerose pubblicazioni in materia lavoristica e collabora con diverse riviste tra cui *Questione giustizia* e *D&L Rivista critica di diritto del lavoro*.

Rita Sanlorenzo, consigliere presso la sezione Lavoro della Corte d'appello di Torino, è giudice del lavoro da trent'anni. Già segretaria generale di Magistratura democratica, fa parte del comitato di redazione di *Questione giustizia*.

Hanno collaborato a questo volume

Fabrizio Amato, presidente Tribunale Pistoia
Laura Calafà, professore associato di diritto del lavoro Università di Verona
Gaetano Campo, consigliere sezione lavoro, Corte appello Venezia
Giovanni Cannella, presidente sezione lavoro, Corte Appello Roma
Linda d'Ancona, consigliere sezione lavoro, Corte Appello Roma
Fabrizia Garri, consigliere Corte di cassazione
Margherita Leone, presidente sezione lavoro, Tribunale Roma
Vincenzo Martino, avvocato in Torino
Graziella Mascarello, già giudice del lavoro, Tribunale Milano
Sergio Mattone, presidente onorario aggiunto Corte di cassazione
Silvia Niccolai, professore ordinario di diritto costituzionale Università di Cagliari
Fausto Nisticò, consigliere sezione lavoro, Corte appello Firenze
Tiziana Orrù, consigliere sezione lavoro, Corte Appello Roma
Massimo Pagliarini, giudice lavoro, Tribunale Roma
Carla Ponterio, consigliere sezione lavoro, Corte Appello Bologna
Roberto Rivero, giudice lavoro, Tribunale Ravenna
Umberto Romagnoli, professore emerito di diritto del lavoro Università di Bologna
Rita Sanlorenzo, consigliere sezione lavoro, Corte Appello Torino
Anna Luisa Terzi, consigliere, Corte Appello Trento
Amelia Torrice, presidente sezione lavoro, Corte Appello Roma
Glauco Zaccardi, consigliere sezione lavoro, Corte Appello Roma

SOMMARIO

Introduzione

- La “Riforma Fornero”, una legge per le imprese: il “simbolo” dimezzato, gli economisti vincenti, di *Fabrizio Amato* e *Rita Sanlorenzo* pag. 1

Parte prima: i soggetti

- Per una lettura costituzionalmente orientata della Riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo, di *Silvia Niccolai* >> 13
- Il giudice del lavoro ai tempi della Legge Fornero, di *Roberto Rivero* . >> 34
- La difesa dei diritti dei lavoratori, di *Enzo Martino* >> 43

Parte seconda: la flessibilità in entrata

- Il contratto a tempo determinato e quello di somministrazione, di *Massimo Pagliarini* >>. 49
- Figli di un dio “minore”: il contratto di lavoro a *part time*, accessorio, intermittente, di *Fabrizia Garri* >> 59
- Il lavoro non subordinato: contratto a progetto, di *Graziella Mascarello* >> 70
- Il lavoro autonomo, di *Gaetano Campo* >> 86

Parte terza: la flessibilità in uscita

- La disciplina dei licenziamenti disciplinari, di *Anna Luisa Terzi* . . >> 96
- Sul licenziamento discriminatorio, di *Laura Calafà* >> 114
- I licenziamenti per motivi di salute, di *Tiziana Orrù* >> 131
- Il licenziamento per motivi economici, di *Carla Ponterio* >> 143
- La razionalizzazione della disciplina dei licenziamenti collettivi, di *Linda D’Ancona* >> 162
- I licenziamenti con vizi di forma e di procedura, di *Giovanni Cannella* >> 177
- La revoca (tempestiva) del licenziamento, di *Fausto Nisticò* >> 192
- Il procedimento per la impugnativa dei licenziamenti: il legislatore strabico, di *Margherita Leone* e *Amelia Torrice* >> 198
- La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti dei lavoratori, di *Sergio Mattone* >> 218

Parte quarta: sistema di *welfare* e ammortizzatori sociali

- Vecchi e nuovi strumenti: cassa integrazione, indennità di mobilità, A.S.p.I., di *Glauco Zaccardi* >> 228

Postfazione

Verso un futuro che sa di antico, di *Umberto Romagnoli* >> 243

LA “RIFORMA FORNERO”, UNA LEGGE PER LE IMPRESE: UN “SIMBOLO” DIMEZZATO, GLI ECONOMISTI VINCENTI*

di Fabrizio Amato e Rita Sanlorenzo

1. Le ragioni dell’economia prima di tutto / 2. La flessibilità in entrata secondo la Riforma Fornero / 3. La modifica profonda dell’art. 18 dello Statuto / 4. Il ruolo della giurisdizione di fronte alla riforma.

1. Le ragioni dell’economia prima di tutto

L’ultima riforma del mercato del lavoro è stata portata a segno dal “Governo dei tecnici” con la legge 28 giugno 2012, n. 92, recante «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita» (comunemente nota come Riforma Fornero), a seguito di un *iter* di approvazione del disegno di legge governativo svoltosi in tempi molto contenuti¹ ed alla fine premiato da un voto parlamentare a larghissima maggioranza, condizionato dalla drammatizzazione alimentata intorno alla necessità del varo di una riforma presentata come una delle condizioni da cui far dipendere la stessa permanenza in Europa del nostro Paese.

Presentata in questi termini la posta in gioco, le voci parlamentari critiche alla proposta governativa non si sono spinte oltre la ricerca di un onorevole compromesso, infine individuato nell’obiettivo della (parziale, e nella intenzione dei più, solo residuale) reintroduzione della reintegra nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo²: mentre, da subito, da altre parti si sono levate voci fortemente critiche contro modifiche che non realizzavano ancora la “soluzione finale” (la eliminazione *tout court*, salvo che per il recesso discriminatorio, della

* Questa Introduzione è la parziale revisione del saggio di R. Sanlorenzo, *La riforma del lavoro, la crisi, i giudici*, di prossima pubblicazione in *Quest. Giust.*, 2012, n. 5, ne segue il canovaccio e pone qualche questione in più a seguito delle riflessioni più recenti in argomento ed al contenuto dei saggi del lavoro collettivo.

¹ Il disegno di legge, presentato dal Governo al Senato il 5 maggio del 2012, è stato approvato da quella Camera il 31 successivo; esaminato in aula dalla Camera dei Deputati il 25 ed il 26 giugno, è stato definitivamente approvato il 27 successivo.

² L’on. Anna Finocchiaro, forse con un eccesso di ottimismo e di enfasi, ha promosso la legge come esempio di “ottimo compromesso riformista”.

tutela reale del posto di lavoro) e che, spostando ulteriormente gli equilibri fra le parti del rapporto di lavoro, richiedevano pronti interventi “migliorativi” della legge verso maggiori liberalizzazioni, almeno a proposito della flessibilità in entrata.

Un equilibrio frettolosamente imposto, dunque, che comunque ha consentito il raggiungimento di una tappa – quella della vanificazione di buona parte delle tutele e delle garanzie che hanno costituito la “civiltà” del lavoro, il marchio del diritto del lavoro italiano, poste com’erano sin qui al riparo dallo scudo dell’art. 18 St.lav. – da tempo in agenda: è storia di questi anni la resistenza delle forze sindacali e sociali aggregatesi intorno a quel che era nel tempo divenuto (ed ambisce ancora ad essere) il *simbolo* del modello socio-economico della nostra economia sociale di mercato³ al fine di respingere i colpi di un percorso lucidamente segnato e che oggi, dopo progressivi avvicinamenti⁴, è riuscito anche nell’obiettivo più ambizioso che, fino a poco fa, sembrava proibito.

Difficile riportare il discorso pubblico al nucleo di sostanza del passaggio “riformatore”, posto che ogni tentativo di disvelamento incappa nella brusca chiusura costituita dalla (indiscutibile, certo) emergenza della crisi economica e dalla necessità di assolvere ad impegni assunti (imposti?) presso le istituzioni europee, addirittura quali condizioni del nostro permanere nella Unione. Ancor più difficile risulta pertanto affiancare all’analisi di un testo di legge che, a scapito delle ambizioni dichiarate, non costituisce certo la *grande riforma* di sistema, bensì una serie - ragionata in taluni passaggi, molto meno in altri (come significativamente indicano tutti i contributi raccolti) - di interventi a *spot* spesso anche di incerta qualità tecnico-legislativa, la considerazione di un quadro evolutivo generale non certo noto solo al nostro Paese, ma capace di segnare un’epoca, in cui la l. n. 92 si inserisce come tassello significativo: una fase in cui – nel tentativo di chiudere i giochi – molti vogliono combattere quella sorta di “lotta di classe dopo la lotta di classe”⁵ che, nell’ottica rovesciata postnovocentesca, muove dall’alto verso il basso con lo scopo di restringere, annullare, negare i miglioramenti della condizione sociale dei lavoratori ottenuti nei decenni precedenti, a partire nel nostro paese come nelle democrazie occidentali europee dagli anni Sessanta.

La crisi economica, che avrebbe potuto sollecitare revisioni critiche e portare ad individuare diverse precise responsabilità, scuote dalle fondamenta gli equilibri

³ Risale a poco più di dieci anni fa, per la precisione al 23 marzo 2002, la grandiosa manifestazione organizzata dalla Cgil contro la riforma dell’art. 18 proposta dal secondo Governo Berlusconi, che portò in piazza tre milioni di persone.

⁴ Da ultima, ma significativa per la deriva che sembrava concludere, l’approvazione dell’art. 8 l. n. 148/2011, relativa alla cd. contrattazione di prossimità. Sul punto v. C. Ponterio, R. Rivero, *L’art. 8 della Legge settembre 2011, n.148 e la morte annunciata del diritto del lavoro*, in *Quest. Giust.*, n. 6/2011, p. 63 ss. Cfr. v. le acute riflessioni al riguardo di U. Romagnoli, *Verso un futuro che sa di antico*, *Postfazione* del presente Volume.

⁵ L. Gallino, *La lotta di classe ai tempi della lotta di classe*, intervista a cura di P. Borgna, Laterza, Roma - Bari, 2012.

segnati dal compromesso costituzionale e si fa forte dell'assioma per cui, in tempi di difficoltà per tutti, non esistono diritti, ma solo privilegi, a danno di altri più sfortunati: padri contro figli, occupati contro disoccupati, stabili contro precari.

Quasi una nuova etica del lavoro che ne sconquassa i fondamenti egualitari di matrice financo ottocentesca.

In tale condizione di divisione e di rivalità (a cui si aggiunge, come è noto, la esiziale frattura del fronte sindacale), le ragioni del lavoro, dipendente ma non solo, sono destinate fatalmente a soccombere di fronte al vero e proprio ricatto occupazionale che cela dietro di sé la più classica delle ricette di stampo neo-liberista, secondo cui una maggiore libertà di licenziamento è in grado di favorire nuova occupazione, e anche di migliore qualità.

Tutto ciò ha come fondamento (anche questo è noto, ma trova ben pochi argomenti per contrastare il "sentire comune") sul *refrain* di un *pensiero unico* che non soltanto non ascolta argomenti ma nemmeno legge statistiche e trova in sé le ragioni della irrilevanza di ulteriori dimostrazioni⁶: anche il Parlamento europeo, sulla scorta di studi commissionati dall'OCSE, ha infine riconosciuto essere indimostrato (ed indimostrabile) il rapporto tra la riduzione delle protezioni contro il licenziamento e l'incremento dei livelli occupazionali⁷, eppure il dibattito resta al palo, senza prendere atto di un dato di realtà che non può essere smentito.

Anche chi da ultimo sembra voler sfumare la rigidità dell'assiomatico rapporto causale tra occupazione e libertà di licenziamento, deviando sul più moderato binomio maggior flessibilità in uscita/miglior qualità del lavoro per tutti (pur partendo sempre dalla *colpevolizzazione* del lavoratore assistito da tutela reale, soggetto privilegiato a fronte della platea dei non garantiti⁸) non riesce, nei fatti, ad affrontare una seria analisi della situazione del mercato del lavoro, e da qui trarre soluzioni veramente migliorative.

L'intento di incidere sulla «qualità dell'occupazione» scoraggiando il lavoro irregolare e la diffusione di contratti di lavoro flessibile in modo da rendere più attrattivo per le imprese il lavoro subordinato a tempo indeterminato⁹, certamente meritorio nella logica dei diritti e dell'eguaglianza, si trova tradotto emblematicamente nella stessa iniziativa legislativa, alla lettera a) del comma 1 dell'art. 1 legge n. 92 in cui si esplicita, tra gli intenti della riforma, quello di

⁶ V. in tema le ampie ed argomentate considerazioni di A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del Diritto del lavoro*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/perulli_speciale_n132-2011it.pdf.

⁷ Cfr. ancora A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8*, cit., p. 15 ss.

⁸ Come se il dovere di un ordinamento democratico, per di più di una Repubblica che si dice «fondata sul lavoro» non dovesse essere invece di togliere ai più protetti, quello di evitare le divaricazioni, le diseguaglianze, e soprattutto, le sistematiche violazioni delle leggi poste a tutela del lavoro subordinato: v. P. Alleva, in P. Ichino, S. Fassina, P. Alleva, *Le vie d'uscita dalla precarietà*, in *MicroMega*, 2011, n. 4, p. 143.

⁹ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 415 ss.

favorire «l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e [...] il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto "contratto dominante", quale forma comune di rapporto di lavoro».

Tuttavia, attenendosi ad un serio esame dei fatti, è agevole in primo luogo rilevare come le riforme tese a flessibilizzare il mercato del lavoro con l'arricchimento delle tipologie contrattuali (a partire dal d.lgs. 276/2003) non abbiano «avuto alcun effetto significativo nell'assorbire il lavoro irregolare: i datori di lavoro che assumevano in nero, continuano a farlo; i datori di lavoro che assumevano nel mercato irregolare prima della riforma, dopo la sua entrata in vigore, preferiscono assumere i lavoratori con contratto a tempo determinato piuttosto che con un contratto permanente»¹⁰.

In secondo luogo, i tassi di occupazione complessivi dimostrano che l'incremento dei contratti flessibili ha soltanto ridistribuito la occupazione esistente in favore di rapporti di lavoro meno stabili: i contratti di lavoro *non standard* vengono massicciamente utilizzati anche nell'ambito delle imprese soggette alla cd. stabilità obbligatoria, sì che nessuno crede più davvero che il ricorso alle forme atipiche costituisca una fuga dalla *gabbia* dell'art. 18 (vecchio testo).

Ma soprattutto, non si può ignorare quello che è il risultato complessivo della riforma, in concreto, fuori da ogni dichiarato proposito: lo schema contrattuale verso cui il legislatore del 2012 - in apparente controtendenza con l'immediato passato - vuole sospingere la scelta delle parti è già diventato un *aliquid novi*, in cui le garanzie per il lavoratore (quella della stabilità ma, come sa chi pratica le aule di giustizia, anche tutte quelle connesse al riconoscimento di un complessivo patrimonio di diritti, primo fra tutti quello all'esercizio delle libertà sindacali) sono seriamente compromesse dall'alleggerimento del sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo introdotto dalla Legge Fornero.

Né viene meno solo il "simbolo" dell'art. 18 dello Statuto del 1970, che probabilmente nemmeno ambiva a tanto; eppoi, si sa, ogni simbologia, rappresentativa di un'idea e segno di riconoscimento di una forma di civiltà e di pensiero, è fatta pure per essere superata e scalzata da altri simboli, da altre idee nel continuo divenire del pensiero umano.

E tuttavia l'operazione del legislatore della l. n. 92 fa venir meno la configurazione stessa di un sistema giuridico, ma con grandi ricadute di tipo economico e sociale, fondato su un patto costituzionale che sta ancora lì, non è stato scalzato o dimidiato.

Come bene spiega Umberto Romagnoli nella *Postfazione* a questo Volume, emblematicamente intitolata alla mistificante prospettiva di un futuro che sa di antico, a venir meno è l'idea di un diritto del lavoro capace di fungere da

¹⁰ C. Tealdi, *La flessibilità non ferma il sommerso*, in *www.lavoce.it*, 8 maggio 2012, p. 3, richiamato da V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 521 ss.

“perno” degli equilibri costituzionali e di costituire elemento regolatore degli equilibri delle esigenze dei mercati.

In altre parole, attraverso la perdita del diritto alla reintegrazione a seguito di licenziamento illegittimo, si completa il percorso di *mercificazione* del lavoro: tanto se ne ottiene, quanto se ne ha bisogno. Inutile, ed anzi fuorviante, attribuire carattere *dominante*, pertanto, ad uno schema contrattuale che perde la sua caratteristica più qualificante, quella della effettiva e non ricattabile stabilità¹¹.

Sotto questo profilo non si tratta di essere catastrofisti o disillusi, quanto, ben oltre ogni prospettiva plausibile anche solo un paio di anno fa¹², di analizzare la realtà, la quale mostra il tentativo sempre più approfondito del rovesciamento di senso del titolo III della parte I della Carta del 1948, dedicato ai rapporti economici.

2. La flessibilità in entrata secondo la Riforma Fornero

Come accennato, la l. n. 92 rinuncia a mettere in campo una complessiva riforma del diritto del lavoro e sindacale ed interviene in modo mirato, incidendo chirurgicamente su alcuni istituti preesistenti, in un'ottica correttiva che non realizza la *grande riforma* auspicata, pur con diversità di accenti, da più parti della politica e degli studiosi.

Innanzitutto, resta ferma – sebbene per certi versi se ne attenua la forbice – la distinzione fra lavoro autonomo e subordinato, la cui linea di demarcazione resta di sempre più difficile individuazione in via generale, non soltanto a causa della continua evoluzione della realtà del lavoro, ma altresì per la introduzione di ulteriori meccanismi sanzionatori di conversione da forme di lavoro autonomo in rapporto di lavoro subordinato, in mancanza di elementi tipizzanti il contratto formalmente adottato, che però nulla dispongono a proposito del concreto atteggiarsi del rapporto nelle forme della subordinazione¹³.

¹¹ Sulla cruciale e complessa questione della tutela reintegratoria è ancora utile il richiamo all'analisi teorica del volume collettivo M.V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino 2007.

¹² Si rinvia a F. Amato, S. Mattone, *Il “collegato lavoro”: ancora una legge per la riduzione dei diritti*, Introduzione a F. Amato, S. Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Francoangeli, Milano, 2011, Quad. n. 28 di *Quest. Giust.*, p. 9 ss., in cui si è ottimisticamente sostenuto (p. 20) che “la stagione della *rèvanche* distruttiva dell'assetto costituzionale del diritto e dei diritti del lavoro [avesse trovato] la sua *summa* culturale e politica nel cd. ‘collegato lavoro’”.

¹³ V. la previsione dell'art. 1, comma 28, in tema di associazione in partecipazione, su cui si rinvia allo scritto di G. Mascarello in questo Volume, che aggiunge alle previsioni dell'art. 2549 c.c. quella per cui in caso di apporto di prestazione di lavoro, il numero degli associati non può essere superiore a tre – tranne in caso di coniugio o parentela –, pena l'automatica qualificazione del rapporto secondo lo schema della subordinazione; v. anche la norma interpretativa del comma 24, relativa al disposto dell'art. 69, comma 1. d.lgs. n. 276/2003, per cui quando un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa viene instaurato senza la individuazione di uno specifico progetto, deve essere considerato rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto. Si considerino anche le presunzioni relative in tema di cd. “partite iva” che in base a dati del tutto estrinseci, comportano la valutazione delle stesse secondo lo schema della collaborazione coordinata e continuativa.

D'altro canto, in contrasto con la enunciata intenzione di favorire l'instaurazione di lavori più stabili, va rimarcata l'avvenuta pressoché totale liberalizzazione nell'accesso al lavoro a tempo determinato (art. 1, comma 9, l. n. 92), almeno riguardo al caso del primo contratto (diretto o nella forma di intermediazione rappresentata dalla somministrazione), del tutto "acausale" ossia che può essere stipulato senza alcuna indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui all'art. 1, comma 1 *bis* d.lgs. n. 368/2001 fino alla consistente durata massima di dodici mesi. Si è bilanciato l'intervento più restrittivo sui contratti successivi, andando tuttavia incontro proprio alla richiesta di maggior flessibilità nelle forme di assunzione che veniva un anno prima formulata nella lettera della Banca centrale europea: in pratica, si consente l'accesso immotivato al contratto a termine, che finirà definitivamente per surrogare un genuino (e proporzionato) patto di prova tra il datore di lavoro e il lavoratore tenendo fuori ogni possibilità di sindacato giurisdizionale. Con il rischio connesso della reiterazione con diversi soggetti del contratto "acausale" per un tempo congruo a sopperire alle esigenze di continuità della produzione o del servizio, senza che mai possa sindacarsene la non-temporaneità dell'esigenza. Anche sotto tale profilo, pare difficile ravvisare un rapporto logico tra la premessa – creare rapporti più stabili – con la liberalizzazione del ricorso ai lavori a termine per periodi non precisamente istantanei; e soprattutto, è difficile ravvisare una *discontinuità* rispetto alle politiche del lavoro del ministro Sacconi¹⁴.

Né sta in piedi il postulato, secondo cui il sacrificio imposto ai garantiti andrebbe a tradursi comunque in simmetrici vantaggi per gli svantaggiati e i precari: cos'è, infatti, se non un plateale incentivo alla precarietà una norma che autorizza ad avvalersi di un lavoratore per un anno senza nemmeno dar conto delle ragioni del limite temporale? A meno di voler vedere nell'innalzamento delle aliquote contributive (come prevede per i contratti di lavoro subordinato non a tempo determinato, l'art. 2, comma 28, e per i contratti di lavoro a progetto il successivo comma 57) l'elemento di disfavore e di *dissuasione* per gli imprenditori, a cui si rimette la scelta tra le forme contrattuali in base ad un mero criterio di soggettiva convenienza: a dimostrazione ulteriore del fatto che al grande *supermarket* dei contratti di lavoro sono le esigenze della impresa che dettano le scelte e determinano i destini dei lavoratori.

3. La modifica profonda dell'art. 18 dello Statuto

Con analoga tecnica legislativa, la l. n. 92 non stravolge l'impianto dell'istituto del licenziamento e non interviene sulla tipologia delle cause giustificatrici, che restano quelle regolate dal codice e dalle leggi preesistenti, ossia la giusta causa e

¹⁴ Si rinvia per approfondimenti al contributo di M. Pagliarini in questo Volume.

il giustificato motivo. Il legislatore del 2012 opta piuttosto per un intervento mirato sulle sanzioni da applicarsi in caso di accertata violazione di legge. Così, se fino a ieri – una volta dichiarata la illegittimità del provvedimento con cui il rapporto di lavoro veniva risolto in aziende con più di quindici dipendenti – le conseguenze erano certe (l'ordine di reintegra nel posto di lavoro, il risarcimento del danno, l'integrale copertura contributiva del periodo di inattività), dopo la l. n. 92 si apre all'interprete un ventaglio di soluzioni dai presupposti opinabili in fatto, ma dalla conseguente ricaduta di valore (anche economico) notevolmente diversa.

Il nuovo art. 18, cambiato anche nella rubrica (*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*) prevede, a decrescere, forme differenziate di tutela, che vanno dalla reintegrazione piena con l'integrale risarcimento del danno fino alla ipotesi minimale di risarcimento del danno, quantificabile tra le sei e le dodici mensilità¹⁵.

La normativa suscita, già solo per la sproporzionata lunghezza dell'articolo e per la contiguità tra alcune delle ipotesi normate (con conseguente difficoltà di individuarne sicure linee di demarcazione), inevitabili dubbi e fondati interrogativi a proposito delle ricadute pratiche. Sarà maggior responsabilità degli avvocati quella di saper squadernare sul tavolo del giudice tutte le fattispecie “a scendere”, dalla più grave alla meno tutelata¹⁶: e sarà materia di profondi travagli, inevitabili oscillazioni, ulteriori (speriamo non definitive) crisi di ruolo da parte del giudice del lavoro, la sistemazione in via applicativa di un articolato così farraginoso uscito dalla mente di un legislatore evidentemente non timoroso oppure solo inconsapevole di dare corso a prevedibili e massicci soggettivismi interpretativi, con le conseguenti molteplici disparità di trattamento.

Se è vero che questo Commentario nasce anche dalla esigenza, avvertita come prioritaria, degli operatori della giustizia del lavoro di interrogarsi per mantenere aperta una via giudiziaria al costituzionalismo emancipante e di affrontare i tanti snodi interpretativi che si porranno (anzi, già si pongono) nella esperienza quotidiana, cercando di tenere fermo quello che da sempre costituisce un quadro organico di principi costituzionali a cui fare riferimento nell'applicazione delle norme frutto di contingenti scelte politiche, spesso condizionate da scale di priorità e di valore non coincidenti con quelle delineate dalla Carta repubblicana, alla confermata negazione della copertura costituzionale del diritto alla reintegra, si mostra doveroso contrapporre che non solo il quadro normativo generale accorda al creditore la garanzia generale del risarcimento in forma specifica a norma dell'art. 2058 c.c., con la sola eccezione della eccessiva onerosità, ma che

¹⁵ Per i dettagli si rinvia ai saggi di A. Terzi, L. Calafà, T. Orrù, C. Ponterio, L. D'Ancona e G. Cannella in questo Volume.

¹⁶ Al riguardo si rinvia al contributo di E. Martino in questo Volume.

tale principio è tuttora ritenuto particolarmente pregnante per il composito sistema del diritto del lavoro¹⁷.

Anni di furioso *battage* contro la portata equilibratrice dell'art. 41 Cost. hanno costituito la premessa, tutta *ideologica*, per cui proprio in nome di quella priorità delle ragioni dell'economia, uno degli scopi della riforma, forse il primo in questa fase di crisi, è quello di consentire all'imprenditore la previsione circa il costo del licenziamento e la sua realistica considerazione nelle poste di bilancio. Da questa impostazione viene naturale far discendere che la reintegrazione deve essere relegata nel ruolo di rimedio solo residuale¹⁸: un pesante *imprinting* destinato a gravare sul doveroso esercizio da parte del giudice di un'attività interpretativa a cui sono concessi, mai come di qui in avanti ed in controtendenza rispetto alle precedenti esperienze legislative (art. 30 l. n. 183/2010)¹⁹, spazi discrezionali ignoti ma anche ambigui vista la obliqua investitura del giudice del ruolo di arbitro delle scelte imprenditoriali del datore di lavoro.

Si tratta piuttosto della necessità di recuperare le prerogative che il legislatore costituente annette all'esercizio della funzione giurisdizionale (prima fra tutte, quella di essere assoggettato il giudice solo alla legge e non, secondo il pensiero dominante, alle ragioni dell'impresa intese quale strumento per battere la crisi) per leggere l'affastellarsi di norme in un quadro quanto più unificatore e coerente, che tenga conto sì di quanto è stato aggiunto, ma senza altro togliere dal complesso sistematico delle norme che regolano i licenziamenti: a cominciare dal principio di cui all'art. 2106 c.c., che demanda al giudice il giudizio di proporzionalità della sanzione irrogata rispetto alla gravità del fatto contestato al lavoratore²⁰.

Così come toccherà ai giudici delimitare l'effettivo ambito del licenziamento discriminatorio, di cui viene proposta in questo Volume – a dimostrazione dei tanti angoli visuali della materia –, da un lato, una lettura che, cogliendo la feconda ispirazione *espansiva* già condivisa dalla prima dottrina che ha avuto modo di occuparsene dopo la riforma, coglie nel diritto alla tutela della personalità del lavoratore (a partire dalla tutela antidiscriminatoria, ma senza esaurirsi in essa) la chiave interpretativa unificante alla luce della quale

¹⁷ Secondo Cass. S.U. n. 613/99 la regola della tutela contrattuale in forma specifica "serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi norma settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità [...] ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma".

¹⁸ Così le note tesi di P. Ichino, ribadite in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi e la crisi di identità dei giuslavoristi italiani*, intervento al Congresso AIDLASS, Pisa, 8 maggio 2012, in <http://www.pietroichino.it/?p=21700>; secondo A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, la reintegra può ancora applicarsi solo nei casi in cui il licenziamento sia connotato da "ingiustificatezza macroscopica equivalente al torto marcio del datore di lavoro, che abbia resistito in giudizio con mala fede o colpa grave appunto nella consapevolezza del proprio torto (art. 96 c.p.c.)".

¹⁹ Sia consentito il rinvio sul punto a R. Sanlorenzo, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in F. Amato, S. Mattone, *op. cit.*, p. 23 ss.

²⁰ Sul punto si rinvia alla trattazione di A. Terzi in questo Volume.

individuare gli spazi che residuano alla reintegrazione²¹; dall'altro, premessa l'avvertenza sui pericoli insiti nella operazione di estensione delle ipotesi di licenziamento discriminatorio ai fini del mantenimento del livello di tutela del lavoro, formula un invito a rifarsi alla specialità del diritto antidiscriminatorio come branca autonoma ed autonomamente regolata, anche in ragione delle peculiarità degli interventi in esso previsti nel sistema generale del contrasto alle discriminazioni che ha consolidato fonti e principi nell'articolata disciplina europea²².

Una questione non di poco conto, atteso che le stesse istituzioni della UE – a cominciare da quella giudiziaria – non mancano di ribadire proprio la originalità e particolarità del diritto antidiscriminatorio²³.

Dove maggiormente si tocca con mano il sovvertimento dell'equilibrio tra l'esercizio della libertà economica e la esigenza di protezione della dignità del lavoratore, è nella nuova previsione del regime da riconnettere al licenziamento per motivi economici²⁴, dove lo stesso concetto di giustificato motivo oggettivo viene ad essere "spezzettato" perché, a fianco del giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 l. n. 604/66, viene ad inserirsi una diversa ipotesi di giustificato motivo di recesso, anche questa illegittima per l'ordinamento, ma che, tuttavia, resta valida per la impresa che ottiene comunque la risoluzione del rapporto.

4. Il ruolo della giurisdizione di fronte alla riforma

Tra i più gettonati *slogan* che hanno preceduto e accompagnato il varo della riforma, il prediletto ha riguardato le distorsioni della normativa sui licenziamenti conseguite alle applicazioni fattene dalla magistratura del lavoro: anzitutto a causa della sua endemica inefficienza e della incapacità di pervenire al giudizio definitivo sul licenziamento prima del decorso di parecchi anni, con conseguenze economiche potenzialmente devastanti²⁵ e poi per la sua pervasiva ideologizzazione, sbilanciata in una sola direzione, sino a portarla a sostituire il proprio sindacato a quello del datore di lavoro nell'esercizio della libertà

²¹ Si richiama l'ampio scritto di S. Niccolai in questo Volume.

²² Al riguardo si rimanda al denso contributo di L. Calafà in questo Volume.

²³ Questa precisazione non esclude che esso non sia uno dei "campi più innovativi della regolazione giuridica e, insieme, una delle aree più fertili e stimolanti della ricerca scientifica" (così la *Premessa*, di tutti gli AA. del volume collettivo M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. V), ma suggerisce l'opportunità di mantenere una differenza tra il diritto antidiscriminatorio come costruito dalle direttive e dalle sentenze europee e poi trasfuso nell'ordinamento nazionale, e dalla interpretazione del giudice comunitario diffuso ed accentrato, e le previsioni peculiari contro "discriminazioni" innominate, al fine di garantire al primo – che si tende a svalutare nella sua portata effettiva di eguaglianza (L. Calafà in questo Volume, nota 30) – gli spazi molto ampi conquistati nei trascorsi quattro decenni.

²⁴ V. il saggio di C. Ponterio in questo Volume.

²⁵ In tema, vedi A. Ichino, P. Pinotti, *La roulette russa delle cause in tema di licenziamento*, in www.pietroichino.it/?p=19925, e a seguire le pertinenti repliche di alcuni giudici del lavoro.

d'impresa, travalicando addirittura i poteri conferiti dall'ordinamento alla funzione giurisdizionale.

Il primo rilievo poggia sulla effettiva situazione di crisi di efficienza della giustizia del lavoro, nel complesso generale della crisi della giustizia nel nostro paese. A tale condizione non hanno certo portato rimedio gli interventi legislativi volti a favorire una qualche deflazione del contenzioso (attraverso gli istituti della certificazione e dell'arbitrato), anche per via indiretta²⁶. Il cambiamento viene perseguito attraverso la introduzione *ex lege* di una procedura d'urgenza (ma, per opinione comune, non cautelare, art. 1, commi 48 ss.) da svolgersi avanti al tribunale in termini abbreviati, così come accelerati dovranno essere quelli delle altre fasi di giudizio, ossia la opposizione davanti allo stesso tribunale, l'appello ed il giudizio di Cassazione.

I giudizi critici su tali statuizioni – che, accelerando i tempi per alcune tipologie di processo, comportano il rallentamento di altre, posto che la legge precisa, al comma 69, che dall'attuazione delle disposizioni in questione non devono derivare ulteriori oneri per la finanza pubblica – devono però partire dal dato di esperienza che ha visto troppe volte i giudici del lavoro insensibili alle ragioni di urgenza addotte dai lavoratori licenziati, ritenute insussistenti nel caso di avvenuta erogazione del trattamento di fine rapporto o comunque di ritenuta disponibilità di mezzi economici sufficienti per affrontare i tempi del giudizio.

Si rammenta che la costituzione di una “corsia preferenziale” per le impugnative di licenziamento era soluzione già prospettata dalla Commissione Foglia e anzi, in un primo tempo, questo era stato indicato anche dalla Consulta giuridica della Cgil come l'unico intervento di riforma dell'art. 18. Sarebbe stato certo molto più opportuno che, con una trasparente assunzione di responsabilità e di consapevolezza, avesse proceduto la magistratura a dare risalto ad una “urgenza” significativa in termini economici, e non solo, per il datore di lavoro come per il lavoratore.

La Riforma Fornero agisce d'imperio, trascurando di considerare le ricadute complessive sulla gestione di tutto il contenzioso di lavoro e previdenza, soprattutto in previsione dell'inevitabile (e anzi obbligato) frazionamento delle domande dello stesso lavoratore in più processi, posto che la procedura sommaria introdotta vale soltanto nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St.lav., e che ad esse si possono associare solo le domande concernenti “questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro” e quelle ulteriori eventualmente fondate “sugli identici fatti costitutivi”²⁷.

²⁶ Si fa riferimento, ad es., alla modifica del regime delle spese di cui al modificato art. 92 c.p.c., su cui v. A. Terzi, *La nuova disciplina delle spese processuali*, in F. Amato, S. Mattone, *La controriforma della giustizia del lavoro*, cit., p. 160.

²⁷ In base alla considerazione del dato testuale si possono superare le esitazioni delle prime interpretazioni circa la proponibilità, almeno in via di subordinata, della domanda volta ad ottenere la tutela obbligatoria ex art. 8 L. n.604/66 in caso di difetto del requisito dimensionale dato che, come è ormai consolidato

Si pone, inoltre, in maniera decisamente irragionevole e contrastante con la scelta di un nuovo rito sommario²⁸ la istituzione di una quarta “fase” del giudizio (quella di opposizione) che inevitabilmente appesantirà la trattazione e porterà a tempi anche lunghi per la definizione della lite.

Il punto che qui interessa sottolineare, peraltro, sta nella facile prefigurazione di seri pericoli di frammentarietà e disorientamento della giurisprudenza e, quindi, anche di perdita di autorevolezza e di riconoscimento del ruolo del giudice del lavoro, investito di un compito tecnicamente molto difficile quale quello di tracciare linee credibili di demarcazione tra ipotesi astratte dalla scivolosa configurazione, dopo aver positivamente superato i non irragionevoli dubbi di costituzionalità. Per di più sotto la spinta, possente, ad attenersi a un ruolo di interprete strettamente condizionato dalle ragioni dell'emergenza, monito che già si pretende espressamente di far valere nei confronti della dottrina giuslavoristica²⁹.

Per quel che riguarda la giurisdizione del lavoro, queste sollecitazioni arrivano su un terreno ampiamente arato³⁰: svilta a più riprese nella ordinaria attività giurisdizionale³¹ e progressivamente assediata da norme dettate dall'intento di rinchiuderli all'interno di recinti da cui non possa essere sfiorata la libertà di iniziativa economica³²; ora chiamati ad amministrare una normativa farraginosa della cui incertezza interpretativa verranno individuati i principali responsabili.

Il tentativo, che ha dato vita a queste pagine, è opporre al *battage* mediatico, che accusa di essere *retrò* ed inadeguato ai tempi chi contrappone un pensiero critico al dogma della flessibilità purchessia come rimedio salvifico alla crisi dell'occupazione ed opera - nel quadro comune di principi “risalente alla Costituzione, che vede nella tutela delle posizioni deboli nel lavoro una finalità prioritaria”³³ - una seria attività ermeneutica in grado di battere in breccia il diffuso disorientamento che deriva dalla pretesa di sovvertire la scala dei valori costituzionali in nome di “indiscutibili” ragioni economiche. Con il porre in mano al giudice del lavoro la impegnativa responsabilità di uno spettro discrezionale vastissimo, in realtà sono state fornite alla giurisdizione coordinate ideologiche

insegnamento della S.C. (sopr. a seguito di S.U. n. 141/2006) ha consistenza di fatto impeditivo da proporsi in via di eccezione da parte del datore di lavoro convenuto, su cui grava l'onere della prova.

²⁸ Sul rapporto tra il nuovo rito speciale e la recente operazione di taglio a solo tre forme di processo civile, v. A. Guariso, *Nuovo rito sul licenziamento e D.Lgs. 150/11: spunti di riflessione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 303.

²⁹ P. Ichino, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, cit.; v. anche A. Vallebona, *La riforma*, cit., p. 1 ss.

³⁰ Per cui è difficile ravvisare una diversità di orientamento della legge Fornero rispetto ai precedenti interventi controriformatori succedutisi negli anni.

³¹ Vale la pena di ricordare ancora i sommari e sbrigativi giudizi contenuti nel Libro bianco del 2001 del ministro Sacconi, in cui si prefigurava la necessità di un drastico intervento sulla giustizia del lavoro, indicata in crisi sia per i tempi con cui sono celebrati i processi, sia per la qualità professionale con cui sono rese le pronunce, da risolversi in un diniego della medesima con un danno complessivo per entrambe le parti titolari del rapporto di lavoro.

³² R. Sanlorenzo, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, cit.

³³ S. Niccolai, *Colpire i giudici per educare i lavoratori*, in *Il Manifesto*, 27 aprile 2012.

prescrittive e colpevolizzanti, per cui viene anche suggerito che da un “saggio” (*id est*, residuale e marginale) utilizzo della reintegra dipenderà non soltanto il superamento delle iniquità di cui è caratterizzato l’attuale mercato del lavoro, ma la intera ripresa economica del Paese.

Anche di ciò dovrà tener conto da oggi il giudice del lavoro: dunque, lungi dall’esaurire la propria più significativa ricaduta sugli effetti del licenziamento illegittimo, la riforma del 2012 rischia di costituire una *mutazione* dell’archetipo su cui si è forgiata la esperienza interpretativa della giurisprudenza del lavoro e non solo per quel che concerne l’originario ambito di applicazione della tutela reale fissata dall’art. 18.

Raggiunta questa consapevolezza³⁴, il giudice del lavoro dovrà essere in grado di non smarrire le sue stelle polari, di rapportare gli interessi sottostanti alle novità legislative con i principi sovraordinati di rango costituzionale ed europeo ed il loro equilibrato bilanciamento, al fine di concorrere a delineare un sistema di tutele in grado di spiegare capacità regolative adeguate ai valori-cardine dell’ordinamento giuridico.

Questo Volume rappresenta, pertanto, un contributo alla lettura delle norme introdotte dalla l. n. 92, ma soprattutto alla difesa di un ruolo che non deve venire meno in nome di una non meglio specificata modernizzazione che, come si è detto, guarda in realtà al passato.

Perché più che mai il giudice del lavoro (scrive S. Niccolai in chiusura al suo saggio) deve essere “un giudice a cui oggi più di ieri si richiede grande cultura, profonda conoscenza della società, assoluta indipendenza di giudizio: con buona pace di chi non si rende conto che una società aperta, inclusiva e contraria ai privilegi – a volerla seriamente, posto che nessuno potrà mai sostenere di non volerla – non può fare a meno della funzione moderatrice della giustizia”.

³⁴ E trattene le debite conseguenze, ad es. per quel che concerne il decorso della prescrizione dei crediti del lavoratore, secondo le piane indicazioni a suo tempo fornite dalla Corte costituzionale: sul punto, v. il saggio di S. Mattone in questo Volume.

PER UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELLA RIFORMA FORNERO ED UN DIRITTO DEL LAVORO NUOVO

di *Silvia Niccolai*

1. Il processo del lavoro come dispositivo di connessione tra mondo della produzione e società / 2. L'intento del legislatore. Il contesto e gli obiettivi dichiarati della riforma dell'art. 18 / 3. Le componenti della legge n. 92: la costruzione di una sfera di valutazioni del datore protette davanti al sindacato del giudice orientato alla tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità / 3.1. Il mantenimento della fattispecie discriminatoria / 3.2. L'investimento su un giudice sapiente / 4. Alla ricerca dei principi orientativi del nuovo processo del lavoro: dalla tutela della stabilità del lavoro alla tutela dei diritti della personalità nel lavoro. La Legge Fornero alla prova della razionalizzazione sistematica: quali principi? / 4.1. La tutela della personalità del lavoratore come criterio unificante delle fattispecie di reintegro e perno sistematico della riforma / 4.2. La necessità di ricalibrare il sindacato del giudice intorno alla protezione della personalità del lavoratore / 4.3. Una pagina da scrivere: ristabilire il nesso tra antidiscriminazione, eguaglianza e pari dignità sociale / 4.4. Quando le pretese aziendali aggrediscono la vita: la nuova frontiera del diritto del lavoro.

1. Il processo del lavoro come dispositivo di connessione tra mondo della produzione e società

Per discutere delle ripercussioni della modifica dell'art. 18 operata dalla legge Fornero sul ruolo del giudice e del processo del lavoro, occorre mettere a fuoco le caratteristiche complessive di questa riforma. Perciò, partirò da alcune osservazioni sul contesto da cui essa proviene, sulle "ragioni", gli "intent" e gli "obiettivi" da essa dichiarati.

Proseguirò, quindi, cercando di enucleare i caratteri principali della riforma, per come si è depositata nella legge n. 92. Osserverò che tra questi caratteri e gli intenti

della riforma non vi è piena coincidenza, mi spingerò fino a dire che dal confronto tra il vecchio e nuovo art. 18 nascono nuove prospettive di tutela, generate dalla possibilità, e prima ancora dalla necessità, per l'interprete che deve operare, di dare un senso, attraverso uno sforzo sistematico e costituzionalmente orientato, alla congerie di disposizioni di cui è fatta la l. n. 92.

Concluderò soffermandomi sulle condizioni che mi paiono necessarie per sviluppare e consolidare queste nuove prospettive di tutela, in cui vedo la possibilità di approfondire, nel mutamento, la naturale funzione del processo del lavoro.

Riguardo a quale idea della funzione del processo del lavoro ho tenuto presente nel mio ragionare che il processo del lavoro serve essenzialmente a tenere in connessione le logiche della produzione – che, come l'esempio che farò subito dimostra, possono impazzire, o deviare – con quelle della società, compreso il buon senso, logiche che chiamo genericamente 'della società', per indicarne il carattere storico, evolutivo, ma che poi si consolidano nella concreta pretesa, o difesa, di un individuo o di un gruppo di individui, e che possono essere fatte valere in un processo, in quanto riconducibili a interessi costituzionalmente riconosciuti, ed a linee interpretative consolidate.

È operando come dispositivo di connessione tra società e mondo del lavoro produttivo che il processo del lavoro impedisce a quest'ultimo di diventare un mondo a parte rispetto alle idee di giustizia, di normalità, di valore circolanti nel corpo sociale, e assoggettato alla logica del più forte. Questo ruolo del processo del lavoro mi pare ben esemplificato dalla sentenza Fiom emessa dal giudice del lavoro di Roma la scorsa estate¹. La Fiat era arrivata a dire che lavorare in Fiat è una fede, per cui si devono applicare al lavoro in Fiat le deroghe ai divieti di discriminazione stabilite per il lavoro in imprese di carattere ideologico-religioso come le Chiese o i giornali di partito². Ed il giudice ha esercitato, invece, il senso della misura, ricordando che una cosa è che il datore si aspetti che i lavoratori rispettino le regole aziendali, altra è pretendere che essi le condividano.

¹ Trib. Roma 21 giugno 2012, confermata in appello nell'ottobre 2012. Sulla vicenda di Pomigliano v. ora G. Airaudo, *La solitudine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2012.

² Deiroghe che, è bene ricordarlo, conosciamo non soltanto grazie alla disciplina europea che le ha introdotte e dai decreti di recepimento, ma anche grazie al lavoro della dottrina italiana anche piuttosto risalente, che le aveva ricavate già dall'art. 3 Cost., letto in collegamento con l'art. 2. Personalmente, le ho apprese studiando il diritto pubblico e costituzionale trent'anni fa sulle *Lezioni* di Alessandro Pizzorusso (*Lezioni di diritto costituzionale*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982). Faccio menzione di ciò perché, come dirò più ampiamente nel testo, il collegamento tra diritto antidiscriminatorio di matrice europea e l'ambito dei principi costituzionali nazionali di eguaglianza, pari dignità e rispetto dello svolgimento della personalità individuale conferisce al diritto antidiscriminatorio di matrice europea una ricchezza ed una profondità valutativa che di per sé non avrebbe. Pertanto, quel collegamento non andrebbe mai smarrito o dimenticato, ma merita un attento approfondimento.

Il passaggio, con cui il giudice richiama l'attenzione su distinzioni importanti, su differenze che marcano il confine tra una pretesa lecita e una pretesa illecita, mi sembra particolarmente espressivo della funzione moderatrice, e perciò civilizzatrice, che è propria connaturalmente della giurisdizione, la quale è chiamata a intervenire per contenere, o reprimere, gli abusi. Gli abusi che si traducono in azioni (come il licenziamento o la non ri-assunzione dovuta a motivi discriminatori nel caso ricordato, ma come, ovviamente, anche le azioni abusive del lavoratore neghittoso, o che danneggia i beni aziendali, ecc.) e gli usi abusivi della ragione, degli argomenti, in una, gli abusi della posizione che qualcuno detiene nella società³. Ecco perché l'abrogazione dell'art. 18 ha generato preoccupazione e disorientamento. Perché il principio secondo cui il licenziamento non può avvenire che per giusta causa o giustificato motivo non contiene l'affermazione dell'idea per cui il lavoratore ha diritto al posto di lavoro e nessuno glielo può togliere, diventata, come tutti sappiamo, idolo polemico della riforma, e che peraltro nessun giurista può neppure concepire, data la sua unilateralità, contraria all'uso dialettico della ragione cui, come giuristi, dovremmo essere abituati. Contiene, però, l'affermazione di un principio più vasto, e precisamente di un principio di giustizia, che si specifica come giustizia nel lavoro e che consiste nel chiedere alla produzione, alla ragione economica, al profitto, di dimostrare le sue buone ragioni e nel costringerli perciò a misurarsi con punti di vista, interessi, bisogni e valori diversi ma altrettanto, se non più, qualificati. Il fatto che esista un processo del lavoro serve a dire che il lavoro non appartiene solo a chi lo usa, dove perciò una sola ragione domina, quella di cui è portatrice la produzione, ma è un fatto sociale, dove più ragioni entrano e possono confliggere, e serve a dire che dalla relazione tra esse, che può prendere la forma del conflitto - moderato dalla giurisdizione -, ci si attende lo sviluppo dei principi della convivenza. Poiché tutto questo è molto prezioso, è necessario operare affinché anche nel nuovo contesto il giudice ed il processo del lavoro possano svolgere quella stessa funzione.

2. L'intento del legislatore: il contesto e gli obiettivi dichiarati della riforma dell'art. 18

Nei suoi intenti, e in parte nelle sue realizzazioni, la riforma dell'art. 18 ha voluto colpire, insieme, il diritto del lavoratore alla stabilità nel posto del lavoro e il giudice del lavoro che quel diritto tutela. Il giudice del lavoro è stato colpito sia

³ Mi ispiro alla dottrina di A. Giuliani, filosofo del diritto che ha indagato con particolare sensibilità il legame tra processo, conflitti, costruzione della convivenza. V. in particolare Id., *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in G. delle Fratte (a cura di), *La Comunità tra cultura e scienza*, I, *Il concetto di comunità nelle scienze umane*, Armando, Roma, 1993, pp. 83-97. Su questo Autore v. F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2012.

nell'immagine, sia negli strumenti interpretativi di cui si è nel tempo dotato: la riforma dell'art. 18 si è sostanzialmente tradotta nell'abrogazione di una intera giurisprudenza, ovverosia dei canoni interpretativi che avevano dato contenuto al principio di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento. Perciò la riforma, che è insieme l'attacco al diritto alla stabilità del rapporto di lavoro e a quarant'anni di giurisprudenza del lavoro rappresenta a tutta prima e senza dubbio uno dei più impressionanti conflitti tra legislazione e giurisdizione a cui si sia assistito nella storia repubblicana. Come tale, si è trattato di un attacco ammantato anche di idoli polemici, che ne sono stati i grimaldelli, uno dei quali è stato rappresentato da un'idea di giudice e di processo, largamente costruita *ad hoc*, della quale si sono avvalse le 'retoriche' che hanno accompagnato la riforma.

Quella immagine costringe a fare i conti col bilancio squilibrato lasciato dal pur grande lavoro che la magistratura in Italia ha compiuto dagli anni 1960, negli anni 1970 in particolare, nel senso della contestazione della concezione burocratica del giudice. Si trattò di una contestazione che non mise in discussione il carattere di funzionario pubblico del giudice, portatore di una conoscenza tecnica specialistica, ma il compito di esecutore del voluto legislativo che - in nome di una pretesa neutralità di quel voluto e del suo compito di giudice - si astiene dal problematizzare il contenuto della disposizione che applica in relazione a esigenze emergenti dal caso controverso e a principi e valori altrimenti presenti nell'ordinamento. Quella contestazione si è imperniata su - e si è avvalsa principalmente di - un fondamento a Costituzione, guardata come portatrice di una visione trasformativa dello *status quo* in nome di valori sociali progressivi, e certamente come autorizzatrice di interpretazioni di tipo adeguativo-evolutivo (che come tali, sebbene non sempre nelle loro applicazioni concrete, sono state accolte e incoraggiate dalla stessa Corte costituzionale). Per più di una ragione - qui non percorribili in dettaglio - quella messa in discussione della concezione burocratica del giudice non è riuscita a generare un senso comune condiviso (non necessariamente uguale a quello pensato negli anni '60 e '70, ma comunque trasformato anche grazie a quel movimento di esperienza, al suo approfondimento, alla sua discussione)⁴, su che cosa è un giudice e che cosa

⁴ Questo è accaduto come detto, per più di una ragione, di cui alcune risalgono anche ai caratteri di quella contestazione, oltre al fatto che è stata di fatto subita, o meglio, credo scientemente, comunque colpevolmente, ignorata da un legislatore che, ad es., mai si è preoccupato di dialogare con essa, di interrogarsi sui cambiamenti che nella formazione del giurista, e poi del giudice, sono implicati nel paradigma di una democrazia costituzionale, con l'effetto, tra gli altri, di lasciare tutta la popolazione, a partire dai laureati in giurisprudenza, che non studiano l'ordinamento giudiziario se non in rarissime eccezioni dovute alla buona volontà di singoli, nella più completa inconsapevolezza della struttura, delle vicende, della funzione ordinamentale e sociale della giustizia e della giurisdizione, così come nella inconsapevolezza della storia del paese in cui opereranno, e di quelle dimensioni del pensiero, compresa quella filosofica, con cui si apparentano le cose intorno a cui il giurista, e il giudice, lavora, ossia la ricerca della giustizia: abbiamo, infatti, un legislatore delle politiche universitarie e della formazione che, quando si tratta di misurarsi con la formazione del giurista, si preoccupa sempre di farlo il più possibile ignorante.

ci aspettiamo da lui⁵. La contestazione del ruolo burocratico della magistratura non ha spostato nel senso comune l'idea che il giudice dovrebbe essere una macchinetta che applica leggi preclare a conflitti tutti uguali e tutti già decisi dalla 'norma'; in questo quadro, il ricordo di una grande e controversa stagione culturale della magistratura ha finito per alimentare pregiudizi diffusi circa un giudice che dovrebbe essere neutro e non lo è perché decide 'come vuole lui'. Questo tipo di pregiudizi offrono un formidabile cavallo di Troia a tutti i discorsi delegittimanti che alla magistratura si indirizzano, dalle accuse di "parzialità" alle accuse di "inefficienza", e che colpiscono specialmente il giudice del lavoro, già simbolo della contestazione del ruolo burocratico della magistratura e perciò bersaglio naturale delle critiche delegittimanti alle quali quella maldigerita contestazione ha aperto il fianco nel corpo della giustizia in Italia.

L'ombra del pretore d'assalto, del pretore rosso, epitome del giudice 'non imparziale', perché - anziché limitarsi ad applicare la 'norma' - si interroga su ciò che essa dispone - infatti sopravvive, anzi giganteggia nella memoria collettiva, anche perché artatamente in essa alimentata: in quell'ombra la riforma dell'art. 18 ha cercato una parte cospicua della propria legittimazione, quando il processo del lavoro è stato ridicolizzato come una lotteria⁶ o come un inefficiente simulacro

⁵ Osserva G. Zagrebelsky, *La legge e il suo giudice*, Einaudi, Torino, 2008, p. 170, che la contestazione del giudice politicizzato, troppo creativo, si radica nella finzione che vuole la giurisprudenza come scienza, riservata, separata dalla vita. Di questa finzione "l'effetto attuale è per esempio non dar ragione di comprensione, presso il pubblico, delle contraddizioni della giurisprudenza, su casi simili o addirittura nel medesimo processo tra i suoi diversi gradi, o di alimentare l'idea che esse siano necessariamente l'effetto di errori, leggerezze, se non di parzialità, partito preso o addirittura corruzione, oppure - secondo il positivismo 'critico' - effetto di pura e semplice discrezionalità, cioè arbitrio; mentre molto spesso esse non sono che l'onesto sforzo di ricercare le soluzioni più conformi al diritto, al di là delle carenze della legge. Si forniscono così argomenti per alimentare campagne contro i giudici e la loro indipendenza. Insistendo su una falsa rappresentazione della loro funzione, si privano i giudici dell'argomento più forte a loro disposizione: l'essenza del giudicare secondo diritto. Con questo atteggiamento, inoltre, si crede di poter evitare il nuovo e pressoché inesplorato capitolo di questioni che ruotano attorno al carattere burocratico dell'organizzazione giudiziaria, ereditata dal tempo del positivismo imperante e difficilmente compatibile con l'odierno diritto dello stato costituzionale". È il caso di precisare che la distinzione tra giudice burocratico e giudice professionale si presta a qualche imprecisione, allorché l'idea del giudice professionale viene considerata equivalente con quella di un giudice più professionalizzato, ditalché recenti tendenze dell'ordinamento giudiziario, che asseriscono di ricercare un giudice più tecnicamente esperto ed efficiente, possono essere scambiate per essere dirette a reintrodurre un'idea di professionalità del giudice, laddove ne approfondiscono il carattere burocratico mediante una accentuata professionalizzazione (tendente alla Efficienza (In)significante di cui scrive L. Breggia, *L'efficienza (in)significante*, in *Quest. Giust.*, 2012, n. 2, p. 153 ss.). Al contrario, la nozione di giudice professionale è meglio intesa quando la si riferisce al giudice portatore di un sapere professionale, costituito di una serie di elementi (tra cui la dottrina, la giurisprudenza) e da un complesso di strumenti argomentativi, e orientato a espressione della comunità, ossia un giudice che costruisce la sua indipendenza principalmente come indipendenza di giudizio; laddove giudice burocrate è il giudice funzionario, frutto della stagione statualista che ha equiparato la giurisdizione a una funzione esecutiva, e preteso di ridurre la funzione giudiziaria alla applicazione del diritto positivo e ne ha affidato l'indipendenza a meri meccanismi organizzatori. L'interesse delle due categorie è che esse ci permettano di concepire storicamente la giurisdizione, comprendendo che i suoi assetti non sono eterni e fuori della storia ma immersi in essa, ciò che fa risaltare il carattere autoritario degli argomenti che negano ciò, contrapponendo alla storicità della giurisdizione idee astratte su un suo preteso 'naturale' dover essere. Cfr. su tutto questo N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶ A. Ichino, P. Pinotti, *Cause del lavoro, una roulette russa. Meglio i risarcimenti che il giudizio*, in *Il Corriere della Sera*, 3 marzo 2012, dove argomenti scienziati, ossia osservazioni quantitative di tipo statistico chesi auto-

dal quale nessun datore ottiene giustizia, impossibilitato come è a licenziare persino la più fannullona delle lavoratrici⁷.

Sono accuse cui il giudice può certamente rispondere. All'argomento per cui il processo è una lotteria (argomento che è in sé un altro esempio di sofisma, di uso abusivo della ragione⁸), può a buon diritto rispondere che un giudice non è una calcolatrice, un programma elettronico, e che solo lasciando non predicibili gli esiti del giudizio si lascia una *chance* di vittoria a ciascuna delle parti⁹; all'argomento per cui il datore è costretto a non poter licenziare la fannullona per colpa della faziosità del giudice, tolto ad esso il suo carattere abusivo e ricondotto ad un argomento spendibile (i giudici si sentono incaricati di tutelare l'interesse del lavoratore) può comunque replicarsi che effettivamente è l'ordinamento che ha scelto di tutelare, nel lavoro come in altri contesti, la parte debole¹⁰.

qualificano come neutrali e oggettive, sono portati a oggettivo sostegno di accuse opinabilissime e grossolane di parzialità del giudice del lavoro ("A Milano il giudice più favorevole al lavoratore dà ragione a lui o a lei circa 4 volte più del giudice meno favorevole") e di imprevedibilità, dunque arbitrio, dei giudizi ("la lotteria dell'assegnazione casuale dei processi implica probabilità di vittoria molto differenti a seconda del magistrato che tratta la causa").

⁷ P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, Milano, 2011, p. 74-75. Posizioni variamente rincarate sulla stampa quotidiana durante la discussione intorno alla riforma dell'art. 18: v. per tutti A. Del Boca, P. Rota, *Art. 18 inefficiente e iniquo, non perdiamo l'occasione di cambiare*, in *Il Corriere della Sera*, 20 ottobre 2011 ("gli imprenditori sanno di soccombere in giudizio e i licenziamenti non avvengono").

⁸ Esso, infatti, non tiene conto della circostanza che la ragione scienziata di tipo deduttivo, oggettivo, calcolante e dimostrativo è solo un tipo di logica, da millenni autorevolmente ritenuta ad esse inadatta (Aristotele insegna) all'approccio alle scienze sociali e ai problemi sociali (quali quelli di cui il diritto si occupa). Pretendere di spiegare, di criticare e di riformare le questioni del diritto e quelle di cui il diritto si occupa mediante l'applicazione di una forma della ragione inadatta significa autorizzare quest'ultima a colonizzare le diverse sfere dell'esperienza umana, ossia svalutare e deprezzare ciascuna di esse.

⁹ Le repliche dei magistrati all'articolo di A. Ichino e P. Pinotti non sono mancate: P. Martello, *Cause di lavoro, la giustizia virtuosa*, in *Il Corriere della Sera*, 7 marzo 2012 ("suscita molte perplessità l'accostamento tra decisione del processo e la roulette russa. L'incertezza sull'esito finale e sulla decisione del giudice, infatti, costituisce una caratteristica propria di ogni processo, anche di quello più celere. Lo studioso sa bene che la funzione di interpretazione delle leggi è tipica del giurista (giudice o avvocato); e che la (relativa) pluralità degli orientamenti giurisprudenziali costituisce una caratteristica peculiare, e preziosa, del processo. A meno che non si voglia ipotizzare un modello di processo nel quale il risultato è predeterminato e la decisione è nota in anticipo. La se questo fosse il pensiero degli autori, credo e tempo che essi finirebbero per avere troppa ragione. E allora, più che una roulette russa il processo sarebbe un *juke-box*"); M. Leone, A. Torrice, *Un'analisi rigorosa a Roma*, in *Lavoceinfo.it* del 13 dicembre 2011, le quali mettono giustamente in risalto la specificità del modo di ragionare del giurista rispetto a quello degli, o di certi, economisti ("Consapevoli del fatto che elaborazioni effettuate secondo prospettive economiche rispondono a regole di misurazione e di valutazione proprie della disciplina, riteniamo che l'analisi e le conclusioni esposte nell'articolo trascurino importanti elementi qualitativi che caratterizzano le diverse decisioni in materia di licenziamento. Non ci sembra utile, infatti, una analisi che su questa delicata materia si fonda su "casi simili", sottoposti a giudici diversi e ne mette in evidenza solo il differente *decisum* ed il differente tempo di definizione in relazione alla diversità del giudice ma omette di approfondire i fatti, le circostanze controverse, le regole processuali e sostanziali applicate ... Trascurando questi elementi si perde la varietà della fenomenologia processuale e così quasi tutte le cause di licenziamento possono risultare "simili" (sarebbe come dire che "di notte tutti gatti sono neri"). "I contrasti giurisprudenziali sono anche ragione della costruzione costituzionale della giurisdizione come potere diffuso. Quei contrasti sono stati il motore dell'affermazione di importanti principi di diritto; hanno consentito la nascita di nuovi interessi successivamente riconosciuti nel nostro ordinamento giuridico ed anche nel diritto eurounitario").

¹⁰ Cfr. C. Ponterio, *Mutamento del mondo del lavoro e giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2009, n. 1, p. 21, che, interrogandosi sulle trasformazioni in atto nel diritto e nella giurisprudenza del lavoro anteriormente alla riforma dell'art. 18, così impostava i termini del problema: "Occorre domandarsi se la funzione del diritto e della giurisdizione del lavoro debba essere misurata secondo una prospettiva di natura economica, quindi in

Il primo argomento (la giustizia non serve a registrare decisioni già prese applicandole serialmente ai casi, ma nasce dai concreti conflitti e dunque dà esiti nel merito diversi a seconda di come gli interessi in conflitto si dispongono nella concreta controversia, ma non per questo diversi nei principi che li reggono) è basilare. Certo, è difficilissimo da spendere allorché, come oggi accade, una prepotente delegittimazione tende ad investire tutte le forme di uso della ragione che non esibiscono una razionalità meccanicistica e calcolante, e non millantano oggettività predittiva. Nonostante questa difficoltà quell'argomento resta fondamentale, perché naturalmente inerente alla esistenza stessa della giurisdizione, tant'è che la stessa l. n. 92, seppure forse senza nemmeno rendersene conto, non fa appello che a questo, a un giudice capace non di eseguire il disposto legislativo, ma di capire il caso. Ed è, d'altro canto, solo facendo appello a questo, a una idea di giudice portatore di una ragione capace di ponderazioni e di bilanciamenti tra gli interessi concretamente confliggenti all'interno di un quadro condiviso di principi, che la giurisdizione può far operare in modo virtuoso, per sé e per tutti, la pur improvvida riforma. Ma su *infra*.

Il secondo argomento con cui i giudici del lavoro possono difendersi dalle accuse di parzialità (cioè il dire: siamo i giudici di un ordinamento che ha scelto di tutelare la parte debole) è anch'esso più che sensato e pregevolissimo, ma, e forse perché quello di più facile comprensione davanti all'opinione pubblica, e pertanto più facilmente strumentalizzabile, la sua stessa tenuta, e sostenibilità, è stata messa, e violentemente, sotto attacco. Abbiamo dovuto sentire i lavoratori tutelati dall'art. 18 venir spudoratamente equiparati, senza mezzi termini da Ministri della Repubblica italiana 'fondata sul lavoro', ad una 'casta' che detiene ingiusti, inspiegabili, assurdi privilegi indegni del mondo moderno e civile e siamo abituati ad annosi discorsi molto raffinati e pervasivi, ma non per questo meno insinceri, per cui nel tempo attuale l'idea di garanzie nel lavoro deve cambiare, le polverose garanzie del posto di lavoro devono lasciar terreno a garanzie che assistano il lavoratore nel corso della sua vita lavorativa che vengono rappresentate, in modo apodittico e falsante, come quelle adatte a favorire l'ingresso nel mondo del lavoro di nuovi soggetti, per esempio delle donne, o i giovani¹¹. Tutti gli argomenti con cui sono stati attaccati i diritti dei

base alla capacità che essi hanno di adattarsi ai mutamenti economici, e non invece tenendo conto della finalità, ad essi sottesa, di correggere gli squilibri di potere esistenti nel mercato e nel rapporto di lavoro e di promuovere condizioni di eguaglianza sostanziale ... alla luce dei valori costituzionali sulla persona e sulla dignità del lavoro".

¹¹ Parlo di modo apodittico e falsante perché argomenti come quelli, ad es., "la flessibilità aiuta le donne a entrare nel mondo del lavoro" eludono di confrontarsi col fatto che le donne il loro ingresso nel mondo del lavoro lo hanno fatto invece da lungi e non paiono tanto interessate a negoziare questo, sebbene le condizioni del lavoro, specie la sua compatibilità con il resto della vita, restino difficili. Per spunti in argomento cfr. AA.VV., *Tre donne e due uomini parlano del lavoro che cambia*, e AA.VV., *Il Doppio Sì*, Milano, Libreria delle donne, rispettivamente, 2004 e 2006. Prendere sul serio le donne come soggetti attivi a pieno titolo, già

lavoratori sono stati altrettanti argomenti per attaccare il giudice del lavoro¹². Se i lavoratori tutelati dall'art. 18 sono una casta, ecco che attaccare quei diritti significa attaccare il giudice, complice e corresponsabile del mantenimento di ingiusti privilegi.

3. Le componenti della legge 102: la costruzione di una sfera di valutazioni del datore protette davanti al sindacato del giudice orientato alla tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità

Venendo ora a ciò che la l. n. 92 in concreto dispone, occorre dire in primo luogo che essa ha effettivamente derubricato il diritto alla stabilità, e profondamente ri-orientato le forme di sindacato giudiziario che erano nate dall'art. 18 e intono alla finalità di proteggere il diritto del lavoratore alla stabilità¹³.

Vigente il vecchio art. 18, la ricerca della giusta causa/giustificato motivo di licenziamento si è strutturata attraverso un *iter* probatorio/argomentativo che, ancorato alla verifica del nesso causale e della possibilità di ricollocamento e costruito il licenziamento come ultima *ratio*, realizzava la tutela della stabilità. Oggi, allorché ammette il licenziamento intimato per motivi economici o disciplinari “quando non ricorrano gli estremi del giustificato motivo”, rendendolo illegittimo ma efficace, il legislatore ha affermato chiaramente (e in

protagonisti, del mondo del lavoro obbligherebbe a misurarsi con un'ampia preferenza per un lavoro stabile e che permetta il dispiegarsi della vita, o per meglio dire, il disgusto verso un lavoro così flessibilizzato e precarizzato che non consente di costruirsi una vita e anche con il desiderio delle donne di poter scegliere quando e se lavorare, non ultimo avvalendosi del reddito di cittadinanza (cfr. la discussione emersa nel Gruppo Nove all'Incontro nazionale *Primum Vivere*, Paestum, 5-6 Ottobre 2012). Ogni possibilità di lettura del lavoro produttivo, alternativa ad una sua ipostatizzazione quale bene prioritario e misura della libertà individuale è accuratamente non registrata dalle attuali retoriche pubbliche, tutte impegnate a rappresentare l'accesso al lavoro retribuito come l'unica dimensione di vita piena di valore. Così il discorso pubblico sul lavoro e le donne, dichiarandosi tanto funzionale alle finalità delle istituzioni governanti quanto estraneo alle esperienze di coloro nel cui interesse dichiara di operare, propala una retorica pro-donne del tutto anacronistica, che continua a rappresentarle come sempre in attesa che il mondo del lavoro benignamente le accolga, anziché, quali sono, impegnate a porre condizioni al lavoro affinché esso rispetti la vita. Quanto ai giovani, essi mai hanno sottoscritto la volontà di entrare nel mondo del lavoro a qualunque costo e senza le garanzie che hanno assistito gli anziani; di fatto, inoltre, tolte quelle garanzie, non hanno guadagnato alcun posto di lavoro (v. le vicende Alcoa o Fiat post-riforma dell'art. 18 o i dati sulla disoccupazione pubblicati sui giornali nel settembre 2012: per tutti v. M. Iossa, *Un milione e mezzo di posti persi. Crolla l'occupazione tra i giovani*, in *Il Corriere della Sera*, 3 settembre 2012, p. 4). Riferirsi ai giovani in quanto 'non rappresentati' è stata per il governo 'tecnico' Monti una strategia discorsiva particolarmente pregevole, perché spendibile a giustificazione della mancanza di legittimazione presso il corpo elettorale e della scelta di portare a conclusione la riforma anche senza il consenso delle parti sindacali: cfr. “Mercato del lavoro imbarbarito: troppe tasse e poca produttività, lo cambieremo per i giovani”, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2012, in cui la Ministra Fornero dichiara: “un governo tecnico guarda a tutta l'Italia, comprese quelle componenti non rappresentate dalle parti sociali”. In questo fraseggio è riconoscibile la logica, secondo cui le istituzioni rappresentano per definizione la comunità sociale, cara alle concezioni autoritarie del “governo rappresentativo” molto in auge nell'Italia sabauda (cfr. V.E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze, 1894, p. 60).

¹² Lo coglie R. Sanlorenzo, *Colpo ai magistrati e violare la legge sarà più facile*, in *Il Manifesto*, 28 giugno 2012, p. 3.

¹³ Su come la giurisprudenza attuativa dell'art. 18 sia stata guidata dalla esigenza di venire incontro all'intenzione del lavoratore al mantenimento dell'occupazione v. con estrema precisione F. Liso, *Il diritto al lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, p. 139 ss., spec. p. 148 e nota 31.

questo risiede il congedo dal vecchio art. 18) che c'è uno spazio di valutazioni inerenti la efficienza economica o organizzativa dell'impresa, che va lasciato all'impresa medesima; o, più precisamente, che non può essere sindacato, dal punto di vista della finalità di tutelare il diritto o interesse del lavoratore alla stabilità, fino al punto e con l'obiettivo di reintegrare il lavoratore.

Il riferimento agli "estremi del giustificato motivo" non può non riferirsi, infatti, alla giurisprudenza pregressa che quegli estremi aveva individuato. In base alla nuova normativa, la mancanza di questi estremi non dà più come esito il reintegro, ma solo l'indennizzo. In pratica, il giudice è costretto a dire: c'è un principio di motivo economico (è stato acquisito un nuovo macchinario) ma non è provato il nesso causale con il licenziamento, però, siccome quel principio di motivo economico c'è, tanto porta a concludere che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo e pertanto ordino l'indennizzo. Non il reintegro, la cui possibilità è legata alla mancanza del 'fatto' giustificativo, con una previsione il cui senso cercherò di individuare poco più avanti, ma che evidentemente, parlando di 'fatto' presenta una fattispecie del tutto nuova rispetto a quella antica, del giustificato motivo, e a cui pertanto non pare corretto assegnare significato come se così non fosse (e cioè come se il legislatore non avesse distinto tra licenziamento del quale manca il giustificato motivo, e nel quale manca il fatto giustificativo). Il massimo che si può fare oggi dell'antico armamentario interpretativo, nato intorno all'art. 18 e in funzione della tutela dell'interesse o diritto alla stabilità, è di utilizzarlo ai fini di stabilire la mancanza degli estremi giustificativi del motivo economico/disciplinare che può condurre all'indennizzo. In questa misura di tipo risarcitorio consiste il riconoscimento dell'interesse del lavoratore alla stabilità del lavoro, un interesse la cui menomazione l'ordinamento oggi indennizza, dunque un interesse ancora riconosciuto dall'ordinamento ma meno garantito di un tempo, posto che ad esso non viene più offerta la reintegrazione in forma specifica.

In sintesi, la legge riduce gli effetti delle forme di sindacato che il giudice aveva costruito quando, sulla base della legge e considerati i principi, pensava di potere e di dovere sindacare il potere datoriale dal punto di vista della tutela del diritto del lavoratore alla stabilità del lavoro. In questa limitazione degli effetti del sindacato del giudice dal punto di vista dell'interesse del lavoratore alla stabilità consiste il riconoscimento al datore di una sfera di valutazioni, sulle esigenze economiche ed organizzative, della impresa.

3.1. Il mantenimento della fattispecie discriminatoria

Al posto del diritto alla stabilità la l. n. 92 mette la tutela antidiscriminatoria: la garanzia, che un tempo proteggeva ed esprimeva il diritto alla stabilità, assiste oggi solo il diritto a non essere discriminati). Il mantenimento della fattispecie di

reintegro in caso di licenziamento antidiscriminatorio non significa che il diritto del lavoratore alla stabilità è ancora, in qualche caso, tutelato come un tempo. Anzi, assegnare il reintegro al licenziamento discriminatorio è un modo per ribadire che il diritto alla stabilità non è più il bene maggiormente protetto dall'ordinamento. Infatti, di per sé, il licenziamento discriminatorio non è strumento generale di tutela dell'interesse dei lavoratori alla stabilità del lavoro, né di tutela dei lavoratori in quanto tali: esso protegge le donne in quanto donne, o i disabili come disabili, nessuno in quanto lavoratore¹⁴. Nel caso della discriminazione, il reintegro esprime la volontà di sanzionare il datore per una offesa grave a un bene della persona (il diritto a non essere discriminata), non al suo interesse alla stabilità del lavoro. Il diritto antidiscriminatorio è il diritto *leader* di un'epoca, e di punti di vista, che hanno voluto negare la esistenza delle classi sociali e del loro conflitto: perciò si può dire che, facendo di esso l'unico momento di tutela forte nel lavoro, il nuovo art. 18, lungi dal lasciare alla stabilità del lavoro un presidio di garanzie¹⁵, lungi dal lasciare in vita qualcuna delle aspirazioni protette da quella disposizione, vuol sottolineare la sua distanza da quel nucleo ideale che ha visto nel lavoro e nelle differenze che ne scaturiscono i protagonisti della convivenza repubblicana e delle sue finalità

¹⁴ Anzi. Eccezion fatta per la peculiare figura della discriminazione per appartenenza sindacale, perno dello Statuto dei Lavoratori ma sconosciuta come tale al diritto europeo, il diritto antidiscriminatorio storicamente nasce negli Stati Uniti per togliere visibilità alla dialettica degli interessi sociali e di classe nella sfera dell'economia: cfr. R. L. Goluboff, *The Lost Promise of Civil Rights*, Harvard Univ. Press, Cambridge Mass., 2007. Non a caso il diritto antidiscriminatorio è gemello alle economie capitalistiche di mercato (Usa, Ue), cui esso piace perché ben poco, se non nulla, impone alle imprese, mentre libera risorse umane, posto che la sua tipica dinamica è trasformare in discriminazioni vietate le legislazioni protettive, nelle quali (e non nelle ingiustizie sociali o nelle disuguaglianze di fatto) ha il suo naturale bersaglio. Su questo v., se vuoi, S. Niccolai, *Changing Images of Normal and Worthy Life*, in S. Niccolai, I. Ruggiu (ed.), *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, Epap, Fiesole, 2010, p. 136. Lo ha mostrato di recente la condanna, in quanto discriminatoria, della legislazione italiana sull'età pensionabile delle donne. Innumerevoli sono le analisi che sottolineano come la povertà o il disagio sociale siano situazioni altamente discriminatorie che il diritto antidiscriminatorio non tutelerà mai. Purtroppo, inoltre, la ragione delle tutele antidiscriminatorie è spesso individuata in motivazioni utilitaristiche ed anzi il modo in cui espressioni come 'Donna conviene' (ad es. un titolo: D. Del Boca, *Valorizzare le donne conviene*, in *Lavoceinfo.it.*, ma si potrebbero citare mille articoli, libri e saggi su questa visuale) si sono diffuse è ragione di preoccupazione. Benché apparentemente consonanti con finalità di uguaglianza sostanziale, emancipazione sociale e promozione della personalità umana, quelle motivazioni rimandano a una vistosa matrice utilitaristica, e "la libertà come tale non costituisce un valore nel calcolo utilitaristico" (A.K. Sen, *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza, Bari, 1998, p. 31). Anzi, nella luce utilitarista tutti i diritti sono vulnerabili, allorché essi non appaiano più convenienti sul piano della utilità (lo evidenzia, riprendendo Immanuel Kant, M. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Penguin, London NY, 2009, p. 106). Il dilagare di un approccio 'economicistico' ai diritti va in uno con una dichiarata intonazione utilitarista, che non sente neppure l'esigenza di giustificare la propria cittadinanza in un ordinamento che pone la persona e i suoi valori, non l'utilità, al proprio fondamento (per tutti cfr. A. Alesina, A. Ichino, *Dannoso il compromesso sul lavoro, il Parlamento non annacqui la riforma*, in *Il Corriere della Sera*, 6 aprile 2012).

¹⁵ Anzi, rischiano di giocare contro di esse: la dottrina, anche prima della riforma, ha osservato che contemplare la fattispecie discriminatoria come una con esiti distinti da altre forme di licenziamento riduce le tutele per il lavoratore anche perché incentiva il datore ad adottare il licenziamento economico (L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del 'bilanciamento' tra i principi costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 593), facile e non oneroso, se non addirittura il licenziamento con vizio di forma, lasciando al lavoratore, se ne ha la forza, di andare in salita con l'impugnazione discriminatoria.

emancipative. Fin troppo facile è poi rendersi conto di come sia diversa per ampiezza ed intensità una tutela fondata sul divieto di discriminazioni rispetto ad una fondata sull'idea di necessaria giustificatezza del licenziamento. Tecnicamente, una discriminazione ricorre solo quando si possa allegare di essere stati trattati, per causa della propria appartenenza alla categoria protetta, rispetto ad altri che si trovino in condizione analoga ma non appartengano alla categoria protetta.

L'area del licenziamento discriminatorio è, dunque, enormemente più ristretta di quella che il licenziamento ingiustificato proteggeva. Oltre a proteggere potenzialmente anche i lavoratori maschi, eterosessuali e normodotati, il licenziamento ingiustificato non richiede(va) un giudizio comparativo tra il trattamento subito tra due lavoratori ma di accertare che tra i motivi allegati dal datore e la conseguenza del licenziamento, sussiste(va) un nesso causale, il quale valeva a misurare proporzionalità ed adeguatezza della misura del licenziamento rispetto al motivo economico allegato dal datore, o alla mancanza disciplinare lamentata¹⁶. La possibilità di questo diverso giudizio non inerisce al giudizio antidiscriminatorio, almeno non di per sé e non come lo vediamo interpretato dalla Corte di Giustizia della Ue.

3.2. L'investimento su un giudice sapiente

La terza componente caratteristica della nuova disciplina è di mettere tutto questo (e lo spezzettamento di fattispecie in cui si traduce) in mano al giudice; il ruolo che la legge assegna al giudice, se confrontato con le intenzioni dichiarate della riforma, è il più enigmatico. La riforma, svoltasi sotto l'inferire di

¹⁶ Per questo motivo molti, da tempo, consigliano, per rendere il licenziamento discriminatorio una tutela meno formalista e più rispondente a effettivi bisogni di giustizia, di inserire, dopo il richiamo alle discriminazioni vietate, la clausola costituzionale delle 'condizioni personali e sociali' o "altra clausola normativa ampia, quale potrebbe essere la 'personalità morale' di cui all'art. 2087 c.c., tale da poter parlare di un terzo tipo di discriminazione vietata, che tenda a sganciarsi dal *tertium comparationis* e permetta di considerare discriminatorio qualsiasi pregiudizio che derivi dal possesso di qualità costitutive della identità della persona e perciò lesivo della dignità del lavoratore": così M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 399 s.; L. Nogler, *op. cit.*). Tuttavia, questa 'dimenticanza' può essere ovviata facendo perno su una interpretazione sistematica delle figure di reintegro residue. È da notare comunque che, nel contemplare la nuova fattispecie antidiscriminatoria, il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per chiarire espressamente che in tutti i casi di discriminazione vale la inversione dell'onere della prova e la possibilità di associazioni e soggetti collettivi di agire per delega dell'interessato, questioni oggi risolte un po' ambiguamente dal legislatore per fattispecie discriminatorie come la disabilità. Per evitare di andare incontro alle contraddizioni e ai problemi sorti sul punto nell'esperienza americana, sarebbe stato raccomandabile inserire nella legge il chiarimento espresso che, in caso di compresenza tra motivi discriminatori ed economici, i primi prevalgono, mentre l'attuale formulazione è pienamente esposta ad essere intesa alla maniera della Corte di giustizia europea (secondo la quale il motivo economico giustifica sempre la discriminazione, almeno se indiretta). Sarebbe stato importante chiarire che la discriminazione consiste in un dato oggettivo, e non in un *animus*, onde evitare che anche le condanne per discriminazione siano regolarmente impugnate per errore di diritto. Ma il legislatore negligente ha lasciato che tutto questo sia conquistato col denaro, il tempo e le energie dei lavoratori e dei giudici che solleveranno le relative questioni di costituzionalità.

irresponsabili polemiche nei confronti del giudice del lavoro, dimostra di avere di esso una altissima idea, si mette tutta nelle sue mani, e gli chiede di essere il vero regista del processo, cosa che contiene una serie interminabile di rischi e di problemi, ma anche qualche opportunità, e che comunque va messa a tema e guardata con attenzione. Nello scorrere la legge colpiscono i ripetuti richiami al fatto che il giudice procede “senza formalità e nel modo che ritiene più opportuno”, formula che esprime la evidente volontà di lasciare al giudice la valutazione di ciò che è effettivamente necessario, in termini istruttori, al singolo processo, e che troviamo per esempio nel comma 49 dell’art. 1 della Legge Fornero. Se teniamo presente le implicazioni della formula¹⁷, ci accorgiamo che, proprio considerando il tipo di giudice tenuto presente dalla legge, sono smentite le retoriche (vogliamo un giudice più oggettivo, prevedibile, calcolante, meno parziale e meno consapevole dei valori e degli interessi in gioco) che l’iter legislativo hanno accompagnato. La legge chiede al giudice enorme consapevolezza, la assunzione di grandissima responsabilità, la capacità di leggere il caso concreto con la stessa intelligenza e precisione diagnostica che ci si aspetta da un buon medico. Non uso a caso questa metafora, le cui precise ascendenze storiche¹⁸ ci dicono che il legislatore ha propagandato, per dir così, le sue mosse come volte a restaurare il giudice burocrate, la macchinetta in cui metti la monetina ed esce la risposta pre-confezionata e sempre uguale; invece, investe su un giudice professionale, su un giudice portatore di sapere tecnico e di capacità valutative che lo rendono in grado di calarsi nella concretezza dei casi. Il giudice sul quale s’investe è uno che sa cosa va a cercare, è in grado di distinguere ciò che nella causa è indispensabile, dirimente, che porta a decisione. Certo, questi aspetti della riforma possono aver voluto esprimere solo l’esigenza di conferire celerità al processo e la speranza che il giudice introietti una concezione puramente esecutiva del suo ruolo, come di colui che deve limitarsi a sbrigare la pratica ‘licenziamento’ secondo una valutazione di interesse pubblico già del tutto preconfezionata nella norma (il reintegro deve essere eccezionale e residuale, come ebbe a dire il Presidente del Consiglio Monti). La partita è aperta: intorno a come il giudice interpreterà il ruolo affidato - che è di impostare fin dall’inizio la causa su alcuni punti dirimenti - si gioca il senso che le nuove garanzie riusciranno, o meno, a esprimere, i beni che proteggeranno, la relazione tra lavoro e società che riusciranno a promuovere.

¹⁷ Cfr. M. Leone, Artt. 323-473. *Impugnazioni. Controversie dal lavoro*, in P. Cendon (a cura di) *Commentario al codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano.

¹⁸ È la metafora con cui il lavoro del giurista veniva descritto nell’epoca del diritto comune che citando Machiavelli (*Discorsi sopra la Prima Decade di Tito Livio*) evidenzia la natura del diritto come scienzapratice: v. N. Picardi, *La giurisdizione*, cit., p. 30-31.

4. Alla ricerca dei principi orientativi del nuovo processo del lavoro: dalla tutela della stabilità del lavoro alla tutela dei diritti della personalità nel lavoro. La legge Fornero alla prova della razionalizzazione sistematica: quali principi?

Il ruolo assegnato al giudice di vera costruzione, invenzione, inveroimento del nuovo processo del lavoro, mette in primo piano l'esigenza che il giurista senta sempre, particolarmente forte nei momenti di cambiamento, ovverosia quella di capire quali sono i principi intorno ai quali una disciplina è costruita, per iniziare un'opera di razionalizzazione che è la sola che permette un quadro di certezza del diritto. In questa opera di razionalizzazione l'intenzione del legislatore, per come si deposita nella legge, mantiene importanza, ma viene intessuta con tutto quanto le sta intorno, a partire dalla Costituzione.

Qui bisogna sforzarsi di recuperare e tenere fermo un punto, che riguarda la complessa posizione della legge nel nostro ordinamento. La legge non è solo sottoposta alla Costituzione ed ai suoi principi, ma li integra, li svolge, li inverte, ne dà una interpretazione vivente. Concorre alla loro configurazione, è anche tenuta a rispettarli. È un equilibrio dinamico, dialettico e molto complicato, ma significa qualcosa.

Nel caso della l. n. 92 ricercare quell'equilibrio porta intanto a dire che è vero, in linea di fatto, il principio, cioè il fine o l'obiettivo, che regge le intenzioni del legislatore è quello di consegnare ai datori un potere pressoché insindacabile di licenziare i lavoratori. Tuttavia, è anche vero che non è possibile utilizzare quel fine o obiettivo come perno per una interpretazione sistematica di questa legge, come di nessun'altra, perché si tratta di un principio fine od obiettivo politico, di indirizzo politico, certo; ma, ragionando in diritto, un principio siffatto non ha cittadinanza nel nostro ordinamento. Semmai, quello che i nostri principi ci permettono di dire, è che il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità (dalla Corte costituzionale sempre riconosciuta) di individuare in concreto l'equilibrio tra interessi del datore e del lavoratore. Per cui la Legge Fornero non può essere letta come l'introduzione del principio della piena insindacabilità del datore, ma può, deve essere letta nel senso di dare al datore una certa area di valutazioni sull'andamento economico e organizzativo dell'azienda, protetta davanti al sindacato del giudice. Questa protezione della sfera di valutazioni del datore inerenti la organizzazione e la efficienza dell'impresa non significa insindacabilità; significa che il sindacato su quella sfera, che contrappone all'interesse del datore all'efficiente organizzazione dell'impresa quella del lavoratore alla conservazione del posto, ha effetti diversi e minori che in passato, non più la reintegra, ma l'indennizzo.

Se è vero che l'interesse alla stabilità è protetto meno che in passato e quello del datore a fare le sue scelte è protetto di più, vi è anche un altro interesse tutelato dalla legge ed è il diritto del lavoratore a non essere discriminato, che risponde all'interesse dell'ordinamento a un mercato del lavoro non discriminatorio. Mentre la sfera di valutazioni propria del datore è relativamente protetta dal sindacato sulla stabilità - poiché può giungere a condannare il datore al solo indennizzo - la sfera di valutazioni non è altrettanto protetta davanti al giudizio sulla tutela della personalità del lavoratore. Nodale allora è la questione del peso da assegnare alla previsione concernente il licenziamento discriminatorio come nullo. Nonostante quanto detto sul senso della tutela antidiscriminatoria per sé considerata (che ho detto perché è prudente non nasconderselo), è anche vero che quella previsione è importante e non tanto in sé (infatti, non è nuova) ma per la posizione che viene a rivestire nel complesso della riforma. Qui, offre una sponda, anzi l'unica, intorno alla quale è possibile dare una ricostruzione sistematica, una razionalizzazione capace di guidare l'interprete costituzionalmente conforme. Mentre il principio dello strapotere e della insindacabilità piena del datore non può essere eretto a perno sistematico della interpretazione di questa riforma, come non può esserlo - per opposti motivi - il diritto alla stabilità, il principio che la protezione antidiscriminatoria sottende è pienamente in grado di assolvere questo ruolo. Come affermato in precedenza, la non discriminazione non protegge i lavoratori, protegge i diritti della personalità; dunque, è un principio la cui caratura è idonea a reggere la interpretazione sistematica costituzionalmente orientata della riforma.

4.1. La tutela della personalità del lavoratore come criterio unificante le fattispecie di reintegro e perno sistematico della riforma

È, dunque, molto importante prendere atto che la tutela della personalità del lavoratore non rileva solo nella espressa fattispecie antidiscriminatoria, ma è l'elemento che unifica e razionalizza le sparse ipotesi di reintegro che la legge contiene. Molte domande, infatti, si possono porre per capire che senso ha che il legislatore, in caso di licenziamento economico, preveda l'indennizzo se mancano gli estremi del giustificato motivo ed il reintegro se manca il fatto giustificativo, analogamente nel licenziamento disciplinare: queste domande trovano una risposta se si legge nella personalità del lavoratore il bene protetto da tutte le fattispecie di reintegro. La personalità, dunque, non è il bene protetto solo dal licenziamento discriminatorio, ma anche dalle altre due ipotesi di reintegro. Questo è vero all'evidenza nel caso del licenziamento disciplinare intimato sulla base di un fatto insussistente. Se ci si chiede perché in queste ipotesi c'è il reintegro, non si può non rispondere che c'è il reintegro perché c'è una grave offesa alla personalità del lavoratore, che ha visto danneggiata la sua onorabilità,

quando è stato accusato di essere ladro, neghittoso o inadempiente e non lo era. Ma che la personalità sia il bene protetto dal reintegro emerge anche dall'ipotesi legislativa che prevede che il giudice possa concedere il reintegro quando il fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo

è 'manifestamente insussistente'. Di per sé, che la legge parli di 'fatto', potrebbe voler significare, ed è possibile che a ciò si debba l'introduzione di questo termine, l'intenzione di azzerare ogni sindacato orientato all'accertamento del nesso causale, etc.: se il motivo economico è un fatto, questo o c'è, o non c'è, altra indagine non è richiesta. Però la legge non può essere interpretata in questo senso, perché il legislatore ha dimostrato di non pensare affatto che il motivo del licenziamento possa consistere nella mera allegazione di un fatto, basti a dimostrarlo che è stata lasciata in vita la figura del licenziamento in cui "mancano gli estremi del giustificato motivo (o della giusta causa) addotti dal datore", con cui si ritorna a parlare di 'motivo' e non di fatto. Queste fattispecie mostrano che il giudice resta autorizzato ad indagare la consistenza dei motivi, salvo poi, quando li ritiene insufficienti (il nesso causale non è dimostrato, si poteva evitare il licenziamento ecc.) non può dare di più che l'indennizzo. E questo significa che tutto l'antico armamentario che conduceva al reintegro il giudice può continuare ad essere speso (ma solo per arrivare all'indennizzo) ed anche che il fatto da solo non basta mai, perché ci vuole un motivo che lo colleghi all'esito del licenziamento. Dunque, continuando a parlare di giustificato motivo, della sussistenza dei cui estremi il giudice continua ad occuparsi (sia pure con possibilità diverse, quanto a sanzione, di prima), il legislatore ci dice anche che la ipotesi in cui il fatto giustificativo manca è di natura diversa da quelle in cui mancano gli estremi del giustificato motivo, ed è per questo che è sanzionata diversamente, e più gravemente.

Tutto sta allora a chiedersi come mai l'ipotesi in cui manca il fatto ha tutta questa gravità, che cosa la differenzia dalla ipotesi in cui mancano gli estremi del giustificato motivo. La differenza è che, in tutte le occasioni in cui il fatto c'è e sussiste, si può pensare di poter escludere l'ipotesi, che viene subito alla mente quando un lavoratore viene licenziato sulla base di un fatto inesistente, e cioè che il licenziamento avviene per motivi che risalgono alla personalità di quel lavoratore, ossia in altri termini si è in presenza di un licenziamento discriminatorio. La stessa formula facoltizzante il giudice dimostra che il reintegro è rimedio graduato alla gravità delle ipotesi: se il giudice non deve autorizzare il reintegro in tutti i casi in cui il fatto manchi, non può non autorizzarlo quando sia risultato che la mancanza del fatto denota che il licenziamento ha offeso beni analoghi a quelli che la stessa legge altrove protegge col reintegro (il diritto alla non discriminazione, l'onorabilità, ossia la personalità).

Il licenziamento economico intimato in mancanza del fatto giustificativo, dunque, può essere inteso come l'ipotesi residuale di licenziamento discriminatorio: la fattispecie che permette di sanzionare con il reintegro il licenziamento - che avviene non in danno di un lavoratore in quanto appartenente a una categoria protetta (ipotesi contemplata dal licenziamento discriminatorio) o della onorabilità del lavoratore ma - che colpisce il lavoratore per la persona che è, nelle sue condizioni 'personali e sociali'.

Si sostiene, dunque, che può darsi coerenza sistematica alla Legge Fornero, e praticarne una visione interpretativa progettuale, prospettica, affermando, da una parte, che la legge ha voluto togliere alla stabilità il ruolo di interesse maggiormente protetto dall'ordinamento nel lavoro e depotenziare il sindacato che la proteggeva; dall'altra, che ha posto la tutela della personalità del lavoratore, che unifica le fattispecie di reintegro, come il bene prevalente, che la discrezionalità datoriale non può aggredire e, quindi, pienamente sindacabile. Si tratta di una tesi sostenibile perché - a differenza del potere arbitrario dei datori, o dell'interesse dell'impresa alla sua efficienza economico organizzativa - è fuor di dubbio che la personalità individuale è un bene costituzionalmente tutelato ed anzi cardinale. Di contro, questa interpretazione accetta di misurarsi con i cambiamenti che il legislatore ha introdotto e si sforza di razionalizzarli. La possibilità di interpretare il licenziamento intimato in manifesta mancanza del fatto giustificativo come licenziamento discriminatorio a fattispecie aperta o innominata è rafforzata inoltre dalla considerazione che così interpretando la protezione discriminatoria approntata dalla l. n. 92, essa risulta completa rispetto al tenore dell'art. 3 Cost., che vieta le distinzioni sulla base del 'sesso, razza, opinioni politiche e religiose e condizioni personali e sociali', clausola aperta che permette all'interprete di considerare tutelabili quelle forme di discriminazione non ancora formalizzate in fattispecie specifiche¹⁹ e, aggiungerei, quelle che per loro natura non possono esserlo, in quanto legate alla singola persona nella concreta relazione in cui è posta.

La protezione antidiscriminatoria, intesa come protezione della personalità dovrebbe, dunque, essere guardata come perno della interpretazione della nuova legge e del ruolo del giudice²⁰. Si tratta allora di fare i conti con la necessità di impostare un *iter* probatorio ed argomentativo differente da quello che in

¹⁹ Così M. Manetti, *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008.

²⁰ Con l'immediata ricaduta di far risaltare che, dopo la l. n. 92, il reintegro non può più essere limitato solo alle imprese con più di 15 dipendenti, ma che ad esse deve essere estesa la ipotesi della manifesta mancanza del fatto giustificativo e del licenziamento disciplinare privo di fatto giustificativo. Ora che la reintegrazione nel posto di lavoro protegge la personalità, dignità e onorabilità del lavoratore appare, infatti, irragionevole non applicare le corrispondenti ipotesi anche alle piccole aziende, perché si tratta di beni il cui valore non cambia di peso in relazione alle dimensioni dell'azienda (e, se si vuole, su questo la giurisprudenza antidiscriminatoria europea, per la quale il principio di non discriminazione vale anche a livello di singola azienda, offre un importante volano).

quarant'anni di giurisprudenza del lavoro è stato costruito intorno all'obiettivo di tutelare la stabilità.

4.2. La necessità di ricalibrare il sindacato del giudice intorno alla protezione della personalità del lavoratore

In un processo del lavoro che non protegge più la stabilità con la intensità con cui la proteggeva prima, bensì protegge con più intensità il diritto del lavoratore a non essere discriminato per motivi risalenti alle sue condizioni personali e sociali, si specifichino essi o meno in singoli *grounds* protetti dal diritto antidiscriminatorio, diventano importanti due cose.

La prima di esse è la capacità del giudice di trasmettere l'idea che il licenziamento, se è discriminatorio, non passa in qualunque veste si presenti, cioè anche se si rimane nel contesto di una causa per motivi economici o disciplinari, e che, pertanto, l'aspetto discriminatorio deve essere verificato sempre. Ciò potrebbe condurre fino al punto di configurare la prova che il licenziamento non è sorretto da motivi discriminatori come un onere costante dalla parte del datore. Scolpire l'*iter* istruttorio e probatorio intorno a questa esigenza è una operazione che potrebbe essere giustificata ricorrendo ad almeno due argomenti: a) processuali, inerenti cioè alle esigenze di rapidità della decisione, tanto sottolineate dal legislatore: il giudice deve per prima cosa poter escludere se il licenziamento è nullo e, se è discriminatorio, è nullo e annulla, diciamo così, gli invocati motivi economici e disciplinari; b) sistematici: la tutela antidiscriminatoria si riallaccia ai sovrani tra i principi costituzionali, vale a dire la eguaglianza e la pari dignità ed il rispetto del diritto sovranazionale, per cui, da una parte, si impone per la tutela antidiscriminatoria una interpretazione *magis ut valeat* e, dall'altra parte, sarebbe *contra rationem* lasciare la possibilità di un licenziamento intimato per motivi economici che nasconda effetti discriminatori²¹. E per non correre il rischio di tirarsi addosso critiche di 'passatismo', cioè di essere tuttora ancorato a un ruolo 'superato' di protezione della parte debole, di diffidenza nel mercato, di eccessiva aggressività verso le ragioni datoriali, il giudice del lavoro dovrebbe spendere a tutta forza

²¹ Si potrebbe far valere a questo fine gli snodi argomentativi presenti nella giurisprudenza europea, in cui è stata posta a chiare lettere la esigenza di evitare che il legislatore aggiri il divieto discriminatorio discriminando apertamente, purché sotto altra etichetta. Il riferimento è alla nota decisione CGUE 10 luglio 2008, C-54/07, *Feryn*, C-54/07, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 883, con nota di C. Cominato, *Discriminazione preannunciata del datore di lavoro e legittimazione ad agire*, ed in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 235, con nota di F. Savino, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*. Va segnalato che nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro viene fatto valere l'argomento *ad absurdum*: se un ordinamento lotta contro le discriminazioni, poi non può lasciare via libera proprio alle discriminazioni più aperte e più sfacciate. Analogamente, il giudice interprete della legge 92 dovrebbe dire che sarebbe assurdo, per un ordinamento che reprime il licenziamento discriminatorio, poi permetterlo, o facilitarlo, sol perché il motivo addotto dal datore è economico o disciplinare, posto che questo vorrebbe dire offrire un *escamotage* tale da nullificare la scelta per la protezione antidiscriminatoria.

l'argomento, che viene dritto dal diritto europeo ed è utilizzato in continuazione dalla Corte di Giustizia, per cui il diritto antidiscriminatorio ha un ruolo essenziale nella protezione ed espansione del bene giuridico 'interesse del mercato'; infatti, il comportamento discriminatorio dei datori è contrario all'interesse pubblico ad un mercato del lavoro inclusivo e dinamico. Né questi argomenti dovrebbero essere spesi solo in modo strumentale affinché per gradi la coscienza giuridica ed i correnti modi di pensare diventino sempre più consapevoli che nella idea di concorrenza *fair*, che regge la integrazione europea, non è in gioco soltanto un precetto economico, ma essenzialmente uno di ordine giuridico, ossia è in gioco la esigenza che il mercato si comporti in modo 'giusto' e che il legame tra economia, etica e diritto²² sia riscoperto e restaurato.

4.3. Una pagina da scrivere: ristabilire il nesso tra non discriminazione, uguaglianza e pari dignità sociale

La seconda cosa importante è l'idea di discriminazione che il giudice coltiverà. Se il diritto alla non-discriminazione sarà inteso come diritto alla parità di trattamento a favore di categorie enumerate di soggetti si otterrà qualcosa, però la non-discriminazione verrà conformata come strumento limitato finalizzato ad un apprezzamento formale e formalistico, negativo e comparativo (incentrato cioè sul termine di paragone). Non bisogna dimenticare che il divieto di discriminazione come tutela comparativa della mera parità di trattamento invocabile dagli appartenenti a certe categorie è il punto di arrivo massimo a cui sinora si è potuta spingere la giurisprudenza europea - che parte da un contesto dove il principio di eguaglianza non è affermato e dove le persone sono guardate e tutelate nel loro rapporto con il mercato del lavoro non nella interezza della loro personalità come avviene nelle costituzioni nazionali -; in Italia possiamo attingere a una tradizione più ricca. Ed è dal punto di vista di questa tradizione che occorre guardare il diritto antidiscriminatorio europeo, non il contrario. Il giudice del lavoro dovrebbe ribadire il suo potere, e dovere, di tenere in connessione il diritto discriminatorio 'speciale', quello dedicato a specifiche categorie e dettato per lo più in attuazione della normativa antidiscriminatoria europea, con la posizione sistematica che il divieto di discriminazioni ha nel

²² Su questo tema v. A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 127-130, in relazione al percorso intorno alla scoperta della nozione di concorrenza, dovuta ai giuristi cittadini medievali: "I giuristi del *mos italicus* nel XVI secolo [si fecero] interpreti della coscienza collettiva, allarmata dagli effetti perversi dei *monopolia* anche al di là dell'ordine economico. I legisti opposero alla strategia vincente - ossia la subalternità dell'ordine economico al *gubernaculum*, la strumentalizzazione del governo dei rapporti economici agli interessi dei poteri economici che erano anche poteri di governo - la vocazione antimonopolistica del diritto romano comune, diffidente nei confronti dell'intervento del principe nell'economia". Ritornare su questi vigorosi snodi della esperienza giuridica e politica europea, innestare la antidiscriminazione nel mercato non per valorizzare una concezione economicistica dei diritti, ma per ricondurre l'economia al diritto, aiuta a mettere in evidenza un dato oggi troppo spesso dimenticato: la razionalità economica del 'guadagno', se agisce da sola, se è svincolata da responsabilità etica, mette a repentaglio la convivenza civile.

nostro ordinamento collegato alla eguaglianza ed alla pari dignità sociale, dove è presente una clausola generale che vieta le discriminazioni dovute alle 'condizioni personali e sociali' e dove i diritti della personalità sono riconosciuti al singolo come tale e nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità, tra le quali - non v'è dubbio - vanno annoverati i contesti lavorativi (a maggior ragione quelli odierni post-fordisti che tanto investono sul lavoro immateriale/relazionale). In questo contesto più ampio dovrebbero essere ricomprese, come applicazioni di *species* a *genus*, le definizioni dei *grounds* di discriminazione vietati, tra i quali ve ne sono di ampi e valorizzabili, come il divieto di discriminazione per 'convinzioni personali', cui di recente, proprio dalla sentenza Fiom da cui ho preso le mosse, sono state ricondotte le convinzioni sindacali e che è un *ground* che chiama prepotentemente in causa il dovere di guardare al lavoratore come soggetto senziente e pensante; ciò significa che non può essere discriminato per quello che sente e che pensa, anche se non si tratta di opinioni politiche o religiose.

Quel contesto sistematico che connette il divieto di discriminazione alle componenti fondamentali della Costituzione italiana dovrebbe naturalmente essere tenuto in dialogo con gli sviluppi che esso prende a livello europeo, in cui, ad es., molto ricorrente è la sottolineatura che il diritto antidiscriminatorio protegge un interesse generale a inclusività ed apertura del mercato del lavoro, mercato il quale nella concezione europea realizza finalità sociali d'integrazione e sviluppo. Di questo contesto ideativo dobbiamo tornare a riconoscere ed a rivendicare il legame con scelte anch'esse profondamente presenti nella nostra Costituzione la quale - quando parla di pari dignità sociale - pensa ad una società dinamica e progressiva²³.

4.4. Quando le pretese aziendali aggrediscono la vita: la nuova frontiera del diritto del lavoro

Tenere presente che il diritto antidiscriminatorio non è una cosa nuova ed a sé stante, autoreferenziale, ma che, al contrario, tra il diritto antidiscriminatorio ed il nucleo di valore fondante della Costituzione italiana esistono profondissime connessioni e rimandi, significa tenere presente il nesso tra antidiscriminazione ed eguaglianza e, dunque, conferire al giudizio antidiscriminatorio quel carattere, che i giudizi di mera parità di trattamento possono non avere in quanto misurano solo se A è stato trattato come B; i giudizi di eguaglianza, tuttavia, autorizzano a valutare se A è stato trattato in modo 'eguale a lui', cioè in modo

²³ Sono le parole di Aldo Moro nel relativo dibattito in Assemblea Costituente a testimoniarlo: "parlando del diritto di eguale trattamento sociale si intende mettere in luce il carattere dinamico che deve avere lo stato democratico", in *Atti Assemblea Costituente*, Commissione per la Costituzione, Prima sottocommissione, 11 settembre 1946, p. 35-37. Il diritto di eguale trattamento sociale sarebbe divenuto il principio di pari dignità sociale.

proporzionato, congruo e ragionevole rispetto alle caratteristiche ed alle circostanze che lo situano. In altri termini, leggere il diritto antidiscriminatorio attraverso la Costituzione significa usare un giudizio valutativo, progressivo, dinamico (perché ancorato alla eguaglianza) e concepire il divieto di discriminazione come divieto di trattamento ingiusto, sproporzionato, incongruo o irragionevole.

Per questo è molto importante il segnale offerto dalla nullità del licenziamento intimato in assenza del fatto economico giustificativo, che altro non si spiega se non con l'operare di questa idea più ampia della finalità e della struttura della tutela antidiscriminatoria. Così concepito, il giudizio antidiscriminatorio può essere modellato come una valutazione orientata alla tutela degli interessi della personalità che hanno diretto o indiretto rilievo costituzionale, ancorché non protetti da specifiche fattispecie discriminatorie, in quanto concorrenti a delineare le 'condizioni personali e sociali' del lavoratore.

Il lavoratore, che interrompe la produzione perché si accorge che la merce che sta impacchettando è avariata; quello che si rifiuta per un periodo di fare straordinari, perché si è iscritto a un corso di lingua, di danza o di pittura e magari lo ha già pagato in anticipo; quello genitore di un figlio che ha più degli otto anni tutelati dalla legge e però richiede la presenza del padre nelle ore notturne; tutti questi sarebbero tutelabili in questo contesto, non in nome del diritto alla stabilità del posto di lavoro, ma in nome del diritto a vedere la loro personalità rispettata nel luogo di lavoro e dalle esigenze della produzione.

Se s'intende il giudizio antidiscriminatorio come tutela della eguaglianza, della pari dignità e dei diritti della personalità nel lavoro, ossia come divieto di trattamento incongruo, sproporzionato e irragionevole, si assegna alla scelta del legislatore di porre la tutela antidiscriminatoria al vertice delle garanzie nel lavoro la stessa sfera di valore del principio secondo cui la produzione non può offendere libertà, dignità e sicurezza umana.

Il nuovo art. 18 può essere visto, allora, quale strumento che costringe a rigiocare il contenuto garantista tradizionalmente affidato dal giudice del lavoro: dalla garanzia della stabilità del lavoro alla garanzia della dignità nel lavoro. Si ripropone e resta più centrale che mai la funzione moderatrice degli abusi, affidata al processo, ed al processo del lavoro in particolare.

La riforma può, quindi, essere strumento che contribuisce ad una riconfigurazione delle tutele, degli itinerari argomentativi, che sono stimolati a mettersi in grado di intercettare alcune delle trasformazioni che interessano il mondo contemporaneo del lavoro, in cui - proprio per effetto dell'entrata massiva di soggetti nuovi, come le donne - le domande scaricate sul lavoro si concentrano sul permanervi a condizioni compatibili con le altre scelte di valore fatte nella propria vita e con i tempi di essa.

In altri termini, un processo del lavoro impegnato, da un lato, a garantire una certa sfera di valutazione riservata alla impresa in ordine ai suoi aspetti economici e organizzativi e, dall'altro, a garantire in pieno il rispetto della personalità del lavoratore (e dei beni ed interessi costituzionali cui la manifestazione della personalità si riallaccia) - lungi dal chiedere al giudice di astenersi, di abdicare di fronte alle esigenze economico-organizzative della produzione - chiede di mettere al centro della sua ricerca la "frontiera" nella quale l'esigenza economico-organizzativa si manifesta in modo lesivo della personalità.

Questa è esattamente la frontiera sulla quale corrono oggi le trasformazioni del lavoro, le quali tendono sempre di più a mascherare in forma di esigenze economico-organizzative pretese che in realtà ambiscono a rimodellare la vita del lavoratore intorno all'esigenza prioritaria ed indiscutibile della produzione e della organizzazione aziendale. Il giudice del lavoro che si trova a dover prendere sulle sue spalle la riforma dell'art. 18, è dunque un giudice a cui oggi più di ieri si richiede grande cultura, profonda conoscenza della società, assoluta indipendenza di giudizio: con buona pace di chi non si rende conto che una società aperta, inclusiva e contraria ai privilegi - a volerla seriamente, posto che nessuno potrà mai sostenere di non volerla - non può fare a meno della funzione moderatrice della giustizia.

IL GIUDICE DEL LAVORO AI TEMPI DELLA LEGGE FORNERO

di Roberto Rivero

Quale giudice del lavoro annuncia la legislazione della crisi e della flessibilità? In particolare, oggi, in cui sembra prevalere un'unico credo ed una unica razionalità possibile – quelli dell'economia e dei mercati – quale giudice del lavoro ai tempi della Riforma Fornero e dello spread? È una domanda per noi fondamentale; essendo evidente che al centro dello scontro e del mutamento sociale che è venuto a compimento negli ultimi 20 anni vi sia anche il ruolo ed il compito della giurisdizione.

1. Introduzione / 2. Dal Libro bianco al Collegato lavoro / 3. La Riforma Fornero ed il giudice / 4. Fuga dalla giurisdizione.

1. Introduzione

Secondo una caratteristica, non da ora rilevata, le leggi in materia di lavoro andrebbero sempre sottoposte, più di quanto non richieda qualsiasi altra legge, ad un doppio livello di valutazione; il piano formale, regolativo, della distribuzione dei poteri e delle tutele nel rapporto; ed il piano sostanziale, volto a considerare quello che le stesse regole determinano nei fatti, all'interno dei rapporti sociali dentro cui vanno ad impattare.

Anche la normativa in materia di licenziamenti delineata dalla legge n. 92/2012 deve essere considerata sui due livelli, per poterne apprezzare per intero il senso reale. Formalmente l'art. 18 dello Statuto è stato triturato in varie fattispecie e sottospecie di vizi e di sanzioni. Sostanzialmente si tratta di una legge che avrà un effetto ablativo più che additivo e che toglierà più diritti di quanto non ne esprimano le singole ipotesi regolate; posti di fronte a previsioni connotate da un formidabile tasso di incertezza, i lavoratori saranno infatti portati a limitare le proprie pretese: non solo su ogni sorta di licenziamento illegittimo, ma anche su tutti gli altri diritti loro spettanti nel corso del rapporto.

Analoghe considerazioni devono essere riservate al tema del rapporto tra la legge n. 92 ed il ruolo del giudice del lavoro, se non si vuole assecondare una lettura superficiale che si limiti a constatare una discontinuità di facciata con la legislazione che l'ha preceduta negli ultimi anni. Solo formalmente il ruolo del giudice sembra uscire valorizzato dalla riforma; sostanzialmente invece la giustizia del lavoro viene eclissata, perché la prospettiva di una tutela

giurisdizionale tenderà nei fatti ad allontanarsi sempre di più dall'orizzonte dei possibili rimedi azionati dal lavoratore.

Si pensi alla normativa processuale, incentrata sulla figura del giudice demiurgo, che procede per tre fasi processuali di merito - apparentemente *legibus solutus* - "*nel modo che ritiene più opportuno*" agli atti di istruzione (prima *indispensabili*, poi *ammissibili e rilevanti*, ed infine *ammessi*). Nella realtà la Riforma Fornero in materia di rito, riflette la velleitaria pretesa di risolvere il problema dei ritardi dei giudizi in materia di licenziamento semplicemente scrivendo norme nuove ed aumentando le incombenze processuali, ossia le fasi processuali e le udienze. Se ciò dovesse ritenersi fondato, il metodo dovrebbe essere subito esportato a tutte le altre non meno importanti controversie trattate dai giudici del lavoro (ad es. in materia di tutela di salute, dignità, retribuzione del lavoratore), definite generalmente in tempi lunghissimi, nonostante il rito ordinario del lavoro ne preveda di assai brevi.

Tutti sanno però che il problema della celerità della giustizia del lavoro non si può risolvere semplicisticamente aumentando le udienze, poiché occorre invece diminuire i carichi o aumentare le risorse ed i giudici; a meno che non si supponga che, a risorse invariate, i giudici debbano produrre di più perché in realtà sono "fannulloni": ed è probabilmente questo il retropensiero che alligna dietro queste norme, se è vero che nella stessa legge si prescrive ai giudici di effettuare più processi di licenziamento in tempi più rapidi, subito precisandosi, però, che da tutto ciò non debbano "*derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*" (art. 1, comma 69). Alla vaghezza della regolamentazione processuale contenuta nella legge n. 92, fa da *pendant* l'esemplare indeterminatezza della regolamentazione sostanziale, che rimette al giudice persino di individuare la stessa fattispecie da sanzionare. Svaporato il concetto di "fatto" (solo materiale? anche giuridico? o puramente addotto dal datore?) quale presupposto di una tutela reale che si vorrebbe confinata ai margini, diventa del tutto incerta la linea di confine con le "altre ipotesi" di tutela che vanno a costituire, per sottrazione, la fattispecie sanzionatoria generale, ora a carattere unicamente monetario, sia per il licenziamento economico sia per quello disciplinare.

Tutto sembra, dunque, riposto nelle mani di un giudice creatore, fino al punto - mai toccato prima in un Paese che si vorrebbe ancorato al principio di legalità e di soggezione del giudice "solo" alla legge - che allo stesso accertamento della fattispecie costituiva potrebbe anche non conseguire la reintegra prevista dalla normativa, in quanto lo stesso giudice "può", capricciosamente, negarla (nel licenziamento per g.m.o.), senza alcun criterio dettato dalla legge utilizzabile allo scopo.

Non può ingannare perciò la tecnica utilizzata: cambia la latitudine dei poteri, ma la direzione perseguita resta la medesima. Formalmente al giudice vengono rimessi ampi poteri discrezionali; sostanzialmente quei poteri sono rivolti soltanto al contenimento dei diritti riconosciuti dei lavoratori, tant'è che nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo il giudice non "può" neppure reintegrare il lavoratore se l'insussistenza del fatto non gli appaia anche

manifesta; mentre in quelli disciplinari il giudice non può reintegrare nemmeno quando dovesse accertare un'ingiustizia clamorosamente manifesta e dichiarata che violi il fondamentale principio di proporzionalità.

2. Dal Libro bianco al Collegato lavoro

In questa ottica dell'apparente discontinuità, ma della linearità sostanziale, può dunque affermarsi che nel suo rapporto con la giurisdizione la riforma Fornero viene in realtà da lontano; si colloca cioè in quel filone politico che da almeno 20 anni ha palesato (talvolta con carattere trasversale) una vera e propria insofferenza nei confronti dei giudici, e per l'idea stessa che essi esprimono di un controllo di legalità sui poteri pubblici e privati da parte di un organo diffuso e indipendente. Si tratta di un orientamento che ha tradotto questa fobia in una serie di norme dirette a promuovere una mutazione genetica del giudice del lavoro rispetto al modello garantistico delle origini; a sostenere una sua omogeneizzazione al giudice civile; ed ad annunciare in modo sempre più marcato la stessa perdita di specialità del diritto del lavoro e la sua parificazione al diritto commerciale (come ebbe ad augurarsi in un memorabile intervento, dettato da un moto di sincerità, uno dei relatori del collegato lavoro alla Camera, l'On. PDL Cazzola, attuale vicepresidente della Commissione lavoro).

Nella breve rievocazione di questo percorso a ritroso, occorre muovere necessariamente da quanto venne programmaticamente annunciato col Libro Bianco di Maroni del 2001 (in particolare a p. 42) allorché il governo di centrodestra notificò in modo unilaterale la propria aperta ostilità nei confronti della magistratura del lavoro; sostenendo, da una parte, *“che la qualità professionale con cui sono rese le pronunce, si risolverebbe in un diniego della giustizia con un danno complessivo per entrambe le parti titolari del rapporto di lavoro”*; ed auspicando, dall'altra, la sostituzione dei giudici con arbitri privati, così che *“tutte le controversie di lavoro potrebbero essere amministrate con maggiore equità ed efficienza”*. Fu una dichiarazione programmatica che iniziò l'avvio di un percorso nel segno della riduzione del ruolo, ma anche della denigrazione professionale, dei giudici del lavoro italiani. Si pensi, per dire del parossismo cui era arrivata questa ossessione anti-giudici, che fino alla penultima lettura alla Camera dei Deputati della legge sul Collegato lavoro (l. n. 183/2010) era prevista persino una norma che prescriveva ai giudici di applicare nel giudizio sui licenziamenti *“le norme del corretto vivere civile e della buona educazione”*. A tanto si era arrivati, in questa cieca fobia: a dubitare persino che un'istituzione dello Stato conoscesse e possedesse nel proprio dna le regole del galateo!

Nel solco tracciato dal Libro Bianco, molte norme sono seguite in materia di giudici e di processo del lavoro: norme che puntano soprattutto a ridurre i poteri interpretativi, financo ad influire sulle prassi giurisdizionali, a volte con prescrizioni inutilmente ridondanti o dichiaratamente pedagogiche. I presupposti teorici di questi interventi normativi affondano le radici all'interno di una certa dottrina che ha individuato nell'asse norma inderogabile - giudice del lavoro pubblico (le due garanzie basilari del nostro diritto del lavoro) l'avamposto

strategico da abbattere per promuovere una stagione del diritto del lavoro “veramente moderna”: capace cioè di consentire – in consonanza con il pensiero unico dominante – il libero dispiegarsi del potere datoriale all’interno dell’imprese, senza lacci né laccioli, da rispettare.

Il primo tronco di questo fronte (la garanzia dell’inderogabilità della normativa) è stato prima indebolito con la previsione dell’arbitrato di equità, introdotto dal c.d. Collegato lavoro (che già consentiva di derogare così, *de plano*, anche all’art. 18). Poi del tutto smantellato con l’art. 8 l. n. 148/2011, il quale consente attraverso accordi locali (“di prossimità”) la deroga ad ogni diritto stabilito dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva nazionale; talché le norme di legge (ivi compreso l’art. 18) non costituiscono più alcun ostacolo all’esercizio dei poteri imprenditoriali.

Regolati i conti con la norma inderogabile, di provenienza legale o collettiva, restava da comprimere l’altro presidio (quello giurisdizionale) preposto al rispetto delle poche regole che ancora l’impresa è tenuta ad osservare in quanto imposte dalla Costituzione e dalla normativa europea. L’orientamento politico (*multicolor*) dominante infatti non consente nemmeno che il giudice del lavoro possa essere – tanto più ai tempi della globalizzazione – un giudice motivato e consapevole dei conflitti sociali, secondo la visione emancipatrice che è alla base della nostra Costituzione, né un giudice di stampo europeo che abbia nel suo dna la Carta dei diritti (parte integrante del Trattato dell’Unione *ex art. 6*, comma 1, T.F.U.E.) e che lo stesso legislatore nazionale non può superare. Piace piuttosto il giudice del lavoro demotivato; quello che non tocchi le prerogative dell’impresa, arrestandosi alla verifica “*dei presupposti*” dell’esercizio del potere, come risulta dall’abusato slogan-ammonimento che dal d.lgs. n. 276/2003 in avanti compare in tutte le leggi in materia, Collegato lavoro e Legge Fornero comprese.

È stato poi incoraggiato il giudice apatico, che si appiattisca ad es. su certificazioni amministrative e qualificazioni negoziali di varia natura, operate *aliunde*, come impone la legge n. 183/2010.

Si è incentivato inoltre il giudice superficiale e conformista; quello che di regola decida, scriva e legga subito alle parti all’udienza la propria decisione, come impone la riforma dell’art. 429 c.p.c. effettuata con la l. n. 133/2008 (di conv. del d.l. n. 112/2008); una regola scritta evidentemente da chi non ha mai messo piede in un’aula di giustizia e che mira comunque a promuovere una concezione intuizionistica e produttivistica del lavoro giudiziario. Si è favorito anche il modello di giudice-mediatore, più che risolutore dei conflitti; quello cioè che metta a rischio la propria imparzialità, con la norma dell’art. 31 legge n. 183/2010 secondo cui il giudice non deve soltanto tentare la conciliazione della lite, ma deve formulare alle parti una “*proposta transattiva*”, minacciando che in caso di rifiuto, senza giustificato motivo, ne terrà – addirittura! – conto “*ai fini del giudizio*” (come dice testuale la norma di legge). Si è preferito, inoltre, un giudice depotenziato, che non possa assicurare nemmeno tutto il risarcimento del danno procurato in modo illegittimo al lavoratore precario; e che è tenuto invece, *ex art. 32* l. n. 183/2010, a porre sulla parte che ha minori capacità di resistenza il costo derivante dal tempo necessario per effettuare il processo, generalmente assai

lungo in Italia, per la trascuratezza politica in cui versa, *ab immemorabile*, l'amministrazione della giustizia, costretta a far fronte alle continue riforme col paradigma del costo zero (contenuto pure nella l. 92 all'art.1, comma 69).

Si è sostenuto, pure, un modello di giudice che all'occorrenza sappia perpetuare anche la disuguaglianza, giuridica ed economica, insita nel rapporto di lavoro; condannando il lavoratore persino alla rifusione delle spese legali sostenute dal proprio datore, secondo la riforma dell'art. 92 c.p.c. che il governo Berlusconi ha sapientemente introdotto all'inizio di questa legislatura (con la l. n. 69/2009).

Queste appena indicate sono tutte norme di legge che fanno parte del nostro ordinamento; e che (insieme a tante altre) hanno aggravato, sempre e soltanto, la condizione dei lavoratori. Talvolta perseguendo lo scopo con "*chirurgica precisione*", come diceva il compianto Massimo Roccella a proposito della riforma dell'art. 614 *bis* c.p.c. con la quale è stato negato alla sentenza di reintegra lo strumento di coazione introdotto in caso di inottemperanza di ogni altra sentenza civile in materia di obbligo di *facere*. Una esclusione semplicemente odiosa: che la stessa Legge Fornero (pur rioccupandosi della reintegra) si è guardata bene dal voler sanare.

Si tratta di regole che non si sono limitate a lanciare soltanto messaggi subliminali ai giudici del lavoro, ma che hanno anche cercato di scavare in profondità nel loro *habitus* mentale, allo scopo di apprestare un bagaglio professionale nel segno del disimpegno e della superficialità, inteso a promuovere una reinterpretazione in senso involutivo dell'ordinamento ed a restringere la giustiziabilità dei diritti delle persone.

3. La Riforma Fornero ed il giudice

Con la Riforma Fornero questo orientamento viene portato a conseguenze ulteriori, essendo in essa individuabile un modello di giudice chiamato oramai a partecipare direttamente all'opera di decostruzione dei diritti e delle tutele del lavoro. Tutto questo appare evidente proprio all'interno della nuova disciplina sostanziale dell'art. 18 St.lav., ragione determinante di una riforma che ha alterato profondamente la tutela del lavoratore dinanzi al licenziamento illegittimo, rimettendo nelle mani del giudice la gestione di una normativa obiettivamente caotica e fonte di molte discriminazioni.

Come si è detto, le fattispecie di illegittimità di licenziamento sono state frantumate in varie categorie, di incerta, se non impossibile, delimitazione: motivi soggettivi, oggettivi, discriminatori, formali, motivazionali, procedurali; tutti, con regimi e tutele differenti, che all'occorrenza potranno anche incrociarsi e combinarsi in vario modo all'interno dei giudizi. La reintegra *ex art. 18*, da espansiva che era, è divenuta tutela frammentaria, residuale, in ipotesi che si vorrebbero determinate ma che non lo sono affatto: perché, allo scopo di indebolire i controlli di legalità sul potere esercitato dal datore, la riforma non definisce esattamente le varie fattispecie di licenziamento viziato e così strumentalizza il giudice ampliandone in modo smisurato i poteri discrezionali.

Gli interventi di opposto segno operati sul progetto di legge governativo, al *fotofinish*, in commissione - subito prima dell'approvazione della legge in aula con voto di fiducia (sui quattro maxi emendamenti) - queste modifiche, sia in materia di licenziamento per motivi economici (con la introduzione di una inedita reintegra *ad libitum* del giudice) sia in materia di giusta causa (con la eliminazione della soggezione del licenziamento disciplinare al principio di proporzionalità ed alla legge), hanno reso del tutto illeggibile la normativa che ne è risultata. E non poteva essere diversamente, se si valuta anche il quadro politico: la maggioranza parlamentare che ha approvato questa legge, pur essendo la più ampia maggioranza di tutti i tempi su una materia a carattere sociale - ancor più ampia di quella che approvò lo Statuto dei lavoratori - è quella eterogenea che tutti conosciamo. Forse la quadratura del cerchio non può trovarsi su ogni argomento, se in una maggioranza convivono gli ex ministri del lavoro Treu, Damiano e Sacconi, il responsabile lavoro del PD Fassina e l'esperto di previdenza del PDL Cazzola. Quel che è certo alla fine è che - se si escludono i licenziamenti discriminatori e nulli - la sanzione di carattere generale per il licenziamento è divenuta quella monetaria (da 6 a 24 mensilità), che consente dunque la estinzione "illegittima" del rapporto di lavoro; una tutela che tenderà naturalmente ad espandersi divenendo nei fatti l'unica tutela contro i licenziamenti. Questo perché con la modifica dell'art. 18 sono stati alterati per sempre i rapporti di forza in azienda: il lavoratore è tornato ad essere un soggetto ricattabile, anche nell'impresa sopra i 15 dipendenti, perché quando si apre uno squarcio nella protezione dei diritti, è chiaro che chi esercita il potere decisionale proverà sempre a passare da quella via e non ne percorrerà altre.

Siamo tornati, cioè, ai tempi pre-Statuto, allorché la Corte Costituzionale (sentenza n. 63/1966) era dovuta intervenire per bloccare la disciplina della decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi nel corso del rapporto, denunciandone il contrasto con l'art. 36 Cost. scolpendo con solare nitidezza quale grave livello di sottomissione determini già durante la gestione del rapporto la mancanza di una tutela adeguata contro la sua finale risoluzione. Costituisce prova empirica insuperabile di questa stessa argomentazione il fatto che nelle imprese dove ancora non si applica l'art. 18 non si registra in pratica - durante il rapporto di lavoro - la promozione di cause di mansioni, retribuzioni, trasferimenti, infortuni, malattie professionali, *mobbing*, ecc. Nulla di nulla: a dimostrazione che in queste imprese (le più numerose in Italia), dove non si applica l'art. 18 e nemmeno vi è presenza del sindacato, l'intero edificio del diritto del lavoro stenta a mettere piede ed i lavoratori subiscono una compressione più forte dei loro diritti rispetto alle imprese dove si applica la protezione forte contro i licenziamenti.

4. Fuga dalla giurisdizione

Ora, se si guarda da vicino la nuova disciplina dei licenziamenti - e si valutano anche i risvolti psicologici del rapporto di lavoro, come suggeriva la Corte Cost. n. 63/1966 - c'è da chiedersi in che condizioni possa svolgersi un rapporto di

lavoro in cui una persona - fatto salvo il pagamento di poche mensilità di indennizzo - possa essere messa alla porta dalla sera alla mattina senza un motivo, con una lettera immotivata e senza nemmeno una procedura di contestazione degli addebiti (che la stessa Corte Costituzionale aveva sempre considerato una insopprimibile garanzia di civiltà). Dunque, quando non ha una buona ragione (oggettiva o disciplinare) per licenziare un lavoratore, al datore di lavoro sembra convenire non dire nulla: non motivare, violare le procedure (limitandosi ad una mera comunicazione scritta). Rischia meno di quando ha torto nel merito e comunque esprime una motivazione.

Certo il lavoratore potrà ancora aspirare, in casi come questi, di tornare al lavoro: ma dovrà farlo difendendosi al buio, sperare pure di avere imbrogliato i motivi dell'impugnativa, dal momento che il datore di lavoro potrà sempre cambiare le carte ed allegare un motivo diverso da quello dal primo supposto.

L'aver derubricato i vizi di motivazione e procedura e diversificato le tutele potrebbe creare, dunque, un intricato labirinto di questioni, alterando i principi del contraddittorio e della domanda in base alla quale il giudice dovrà decidere la causa introdotta in giudizio; potrà accadere che da una questione di forma si passi ad una di sostanza e che da un questione per motivo oggettivo si passi ad una per motivo soggettivo. Non solo: viene privato di valore effettivo il principio della motivazione del licenziamento e di immutabilità dei motivi posti a base del licenziamento, nonostante l'enfasi contenuta nella legge sull'obbligo di motivazione fin dalla intimazione del licenziamento. Nell'ambito del licenziamento cd. inefficace per vizio di motivazione (che inefficace però non è, producendo in ogni caso l'estinzione) si è prodotta pure la figura *monstre* e paradossale secondo cui la tutela assicurata ai lavoratori nell'area dell'art. 18 è divenuta inferiore rispetto a quella riservata ai dipendenti di imprese sotto i 15 dipendenti, per i quali si applica ancora la cd. tutela reale di diritto comune ed il vizio di forma non può estinguere nessun rapporto, con maturazione di tutte le retribuzioni dal momento dell'interruzione al ripristino del rapporto. Una situazione che desta più di un sospetto di incostituzionalità.

Guardando al giustificato motivo oggettivo, c'è da chiedersi per quale motivo il lavoratore dovrebbe trovare utile perseguire la via giudiziale impugnando il licenziamento, quando il giudice potrà sempre affermare che il motivo addotto dal datore anche se infondato, non lo è però *manifestamente*; oppure, quando lo stesso giudice potrà sempre rifiutare di accordare (a proprio *libitum*) la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro. Quale avvocato consiglierà al proprio cliente di agire in giudizio in queste condizioni? In realtà anche questa è una norma che suscita seri dubbi di costituzionalità: non detta parametri per stabilire su cosa debba attestarsi il controllo del giudice per la manifesta insussistenza del fatto né per stabilire in base a che cosa il giudice potrà o meno accordare una reintegra oppure concedere un risarcimento del danno. Se non ci sono parametri, ogni giudice sembra godere di una discrezionalità incontrollata; e ciò, oltre a riprodurre un tipico vizio di illogicità della legge (che dovrebbe obbedire a parametri obiettivi), crea pure una lesione al principio di uguaglianza perché a parità di situazioni non assicura parità di trattamento.

Ed anche sul fronte del licenziamento per motivi soggettivi la incertezza è massima, perché in realtà qui la legge eclissa il giudice nella sua funzione più caratterizzante ed essenziale, quella di soppesare le previsioni astratte alla luce della reale entità dei fatti concreti. Che farà il giudice, allora, in caso di licenziamenti irrogati per fatti di minima entità, ma sulla base di previsioni disciplinari generiche o assenti che autorizzino ogni sorta di sproporzionata espulsione dal lavoro? Se il giudice non potesse pronunciare ancora la reintegra attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità stabilito ancora nell'art. 2106 c.c. si verificherebbe una ulteriore subordinazione della legge al contratto ed al potere datoriale; con violazione dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza, dato che niente può essere più ingiusto di quando si priva il giudice della facoltà di esercitare la propria ineliminabile funzione di giustizia impedendogli di trovare la regola a misura del caso concreto.

Se c'è allora un effetto sicuro prodotto dal quadro normativo fin qui delineato (eccessivo spezzettamento delle tutele, enorme incertezza con cui la legge delinea le varie fattispecie, eccesso di discrezionalità conferita al giudice, mancanza di parametri certi atti a delimitare il potere dei giudici), è che esso sconsiglia al lavoratore di affrontare un giudizio connotato da un alto tasso di aleatorietà. È qui che ha perso il lavoratore: ha perso la garanzia giurisdizionale di non restare privo del posto di lavoro in modo illegittimo. E quando un soggetto non ha tutele certe di poterlo riconquistare (e il più delle volte non ha neppure sostanze economiche da impiegare per poterci provare) è più che probabile che egli rinunci, non si arrischi a promuovere nessuna controversia. Per ottenere la reintegra nel quadro regolativo che è stato delineato dalla riforma, occorrerà allora la forza d'animo di un eroe omerico, capace di sfidare la forza soverchiante del datore di lavoro, il quale debitamente assistito com'è, potrà sempre provare a sparigliare le carte processuali per impedire la nitidezza degli accertamenti e la trasparenza dell'esito della contesa. Il vero effetto perseguito dalla riforma è quello di sospingere i lavoratori (i loro avvocati ed i loro sindacati) ad evitare i giudici; incitarli ad accedere ad un componimento di carattere stragiudiziale, con condizioni economiche ovviamente ribassate rispetto a prima, quando la presenza di una tutela forte come l'art. 18 alzava il costo della transazione.

Allo scopo di annacquare i controlli di legalità sui vizi del potere esercitato dal datore, che incide sulla stabilità del posto di lavoro e sui diritti correlati, la riforma strumentalizza, quindi, il giudice ampliandone i poteri discrezionali. Ed è singolare come allo stesso giudice, da una parte, vengano rimesse decisioni incontrollate sulla tutela (al ribasso) del lavoratore; mentre dall'altra parte (art. 1, comma 43, l. n. 92) si nega in ogni modo che egli possa sindacare il potere del datore al cui esercizio è correlato quella perdita. Le prerogative dell'imprenditore diventano, quindi, insindacabili e sostanzialmente intoccabili, mentre i diritti del lavoratore sono liberamente degradabili: tutto ciò attraverso la manipolazione dei poteri riconosciuti al giudice. È stato in definitiva legittimato il potere privato; il potere di comando è tornato nelle mani dell'impresa e non deve confrontarsi con un potere terzo che possa garantire l'applicazione delle regole. Con la legge n.

92/2012 l'art. 3, comma 2, Cost. è tornato ad essere "un programma", ancora in larga parte da attuare

LA DIFESA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI

di Enzo Martino

1. Gli antecedenti della Legge Fornero / 2. Una svolta apparente: continuità e omissioni

1. Gli antecedenti della Legge Fornero

La Riforma Fornero è stata fulmineamente approvata – o meglio si è “abbattuta su di noi” - in un contesto nel quale equilibri consolidati erano già posti seriamente in discussione da ripetuti interventi normativi tutti connotati anche dal perseguimento, più o meno dichiarato, del seguente obiettivo: rendere più complicato ed oneroso, per chi rivendica un diritto, l’accesso alla giurisdizione del lavoro.

Bisogna riconoscere che il progetto politico del centro-destra in materia di diritto del lavoro, così come delineato sin dal “Libro Bianco” del 2001, era chiaro e coerente.

I capisaldi di questo progetto possono essere così schematicamente riassunti:

- ampia flessibilità in entrata e proliferare di schemi contrattuali diversi da quello subordinato, come tali non garantiti da stabilità, al fine di aggirare l’art. 18 St.lav. che non si aveva la forza politica di modificare radicalmente;
- messa in discussione del principio di inderogabilità;
- contenimento della giurisdizione e limitazione del potere del giudice, anche, ma non soltanto, attraverso la incentivazione di circuiti alternativi di composizione delle controversie (la giustizia arbitrale privata può essere indirettamente incentivata anche complicando e rendendo più costoso il ricorso a quella statuale).

Il legislatore di centro-destra, insomma, aveva ben compreso che il binomio inderogabilità/ruolo effettivo della giurisdizione era la chiave di volta della tutela “forte” del contraente “debole”. Attaccando sia la inderogabilità, sia la giurisdizione, si ridisegnavano i rapporti di potere, riequilibrandoli in deciso favore delle imprese, nel processo, nei luoghi di lavoro e dunque anche nel Paese.

Parte di questo lucido progetto politico è stato realizzato con la cosiddetta Legge Biagi del 2003 la quale, com'è noto, puntava ad una decisiva spinta alla flessibilità in entrata ed alla polverizzazione e precarizzazione dei rapporti di lavoro.

Dopo la breve parentesi del centro-sinistra (2006 – 2008), in cui è successo poco o nulla (forse perché quel governo non aveva un diverso progetto altrettanto lucido e coerente), si è assistito ad una forte accelerazione della produzione normativa avente le connotazioni appena descritte.

Mi limito a ricordare i seguenti interventi legislativi:

a) La modifica dell'art. 92, comma 2, c.p.c. (operata con la legge n. 69 del 2009), con la quale si è resa pressoché automatica la condanna alle spese del lavoratore soccombente. La norma non ha solo disincentivato il ricorso alla giustizia in cause di principio ovvero in cause in cui il lavoratore ha difficoltà a procurarsi i mezzi di prova, ma ha anche pesato e pesa nei tentativi di conciliazione, laddove anche soltanto la inevitabile prospettiva, da parte del giudice, dell'eventualità della condanna alle spese induce spesso all'accettazione di soluzioni transattive deteriori;

b) La introduzione del contributo unificato (d.l. n. 98 del 2011, approvato dunque già dal governo Monti), con il quale è stato realizzato l'obiettivo, più volte sventato in passato per la ferma opposizione delle organizzazioni sindacali, di superare il tradizionale principio della gratuità del processo del lavoro, che reggeva almeno dal 1950 e aveva garantito l'accesso alla giurisdizione anche ai soggetti economicamente più deboli;

c) Naturalmente, il "collegato lavoro" (l. n. 183 del 2010¹), in ordine all'applicazione del quale sono forse maturi i tempi per tentare di tracciare un primo bilancio.

A due anni dalla sua approvazione, a mio giudizio sul "collegato lavoro" si può dire che:

1) L'arbitrato, contrariamente all'auspicio del legislatore, non è decollato, e si spera, non decollerà neanche in futuro. La mina è stata disinnescata, nel corso del lungo *iter* parlamentare, in particolare grazie alle modifiche intervenute dopo il messaggio del Presidente Napolitano alla Camere. L'arbitrato, se non viene imposto nella lettera di assunzione, non è mai attivato spontaneamente dal lavoratore al momento dell'insorgere del contenzioso in alternativa al ricorso alla giurisdizione statale. Se il giudizio è secondo diritto e non secondo equità, l'arbitrato in realtà non garantisce nemmeno le imprese, che si troverebbero pur sempre esposte al rischio di impugnazione giudiziaria del lodo.

2) La certificazione, che pure ha avuto un qualche successo soprattutto per l'impegno profuso dalla categoria dei consulenti del lavoro e di qualche facoltà universitaria, ha dimostrato la sua sostanziale inidoneità a conferire stabilità alla qualificazione quale autonomi di contratti di lavoro sostanzialmente subordinati. Le pronunzie giudiziarie che – com'era invero scontato dal punto di vista del rispetto dei principi costituzionali – hanno valutato il concreto atteggiarsi del

¹ Su cui per tutti v. F. Amato, S. Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Quest. Giust., Quaderno n. 28.

rapporto tra le parti nonostante l'avvenuta certificazione del contratto, hanno infatti fortemente indebolito la pretesa di "blindare" contratti fasulli attraverso il ricorso a questa procedura complicata ed anche onerosa.

3) Le clausole generali contemplate dall'art. 30 l. 183 non hanno prodotto significativi mutamenti negli orientamenti giurisprudenziali, anche perché invero i giudici mai avevano esondato, neanche in passato, dal proprio ruolo istituzionale, invadendo il campo riservato all'insindacabile giudizio dell'imprenditore. Anche su questo punto, dunque, hanno avuto ragione gli ottimisti, cioè coloro i quali ritenevano quelle norme più che altro un manifesto ideologico, da iscriversi nel quadro della più generale avversione berlusconiana per l'esercizio della giurisdizione.

4) Le decadenze invece, ulteriormente inasprite dalla Riforma Fornero, cominciano a falciadiare adesso, soprattutto per coloro i quali sono stati così ingenui da fidarsi della formulazione invero assolutamente infelice della norma contenuta nel "mille proroghe" (art. 32, comma 1 *bis*, l. n. 183/2010, introdotto dal d.l. n. 225/2010).

d) Dopo il collegato lavoro, infine, discorso a parte merita di essere fatto per l'ultimo colpo di coda del Governo di centro-destra, e cioè l'art. 8 della cosiddetta finanziaria d'estate (l. n. 148/2011), il quale rappresenta il punto più alto ed insidioso di attacco all'inderogabilità.

L'approvazione dell'art. 8, richiesto ed ottenuto dalla Fiat, non ha realizzato l'obiettivo di trattenere il più grande gruppo manifatturiero italiano nell'ambito del sistema confindustriale. Nonostante il regalo del ministro Sacconi, la Fiat si è comunque svincolata dal contratto nazionale di lavoro, determinando il rischio di effetto-domino tale da porre in discussione ruolo e funzione stessi del contratto nazionale di lavoro.

La norma, com'è noto, consente alla contrattazione aziendale - sia pure in presenza di determinate (ma generiche) condizioni e in determinate (ma molto ampie) materie - la deroga non solo al c.c.n.l., ma addirittura alle disposizioni inderogabili di legge.

Trascurando in questa sede l'analisi degli evidenti profili di legittimità costituzionale della disposizione, va sottolineato il fatto che l'effetto potenzialmente devastante per l'assetto delle relazioni industriali in realtà si sta già progressivamente realizzando.

Infatti, nonostante l'impegno politico assunto dalle Confederazioni nella postilla apposta all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (postilla che, si ricorderà, fu presa a pretesto da Marchionne per ribadire la volontà della Fiat di uscire dal sistema confindustriale), in realtà gli accordi di prossimità in deroga si stanno già stipulando in alcune realtà anche significative².

² Il riferimento è, ad es., all'accordo del 16 luglio 2012 tra le organizzazioni nazionali di categoria di Cgil, Cisl e Uil del settore tessile e la società Golden Lady, relativo a ben 1.200 contratti di associazione in partecipazione, stipulato due giorni prima dell'entrata in vigore della l. 92/2012 per tentare di posticipare di dodici mesi l'efficacia dei commi 28 e 30 del suo art. 1. Sul punto, v. M. Tiraboschi, *L'associazione in partecipazione tra le rigidità della riforma Fornero e le dubbie deroghe ex art. 8 decreto legge n. 138/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 3.

In secondo luogo, la norma sta già pesando, non in misura secondaria, negli orientamenti giurisprudenziali che si stanno formando nel contenzioso in essere tra Fiom Cgil e Fiat sull'art. 19 St.lav., laddove in alcune pronunzie viene – invero in maniera apodittica – accolta la difesa dell'azienda secondo la quale l'art. 8 consentirebbe al c.c.s.l. Fiat (il noto accordo separato nato dalla estensione a tutto il gruppo della intesa di Pomigliano) di prevalere sul c.c.n.l. metalmeccanici unitario del 2008 anche nei confronti degli iscritti alla Fiom.

Spicca tra queste decisioni il decreto *ex art.* 28 Stat. lav. del 22 gennaio 2112 del Tribunale di Torino, confermato in sede di opposizione dalla sentenza del 12 maggio 2012, nel quale il c.c.s.l. Fiat, qualificato a mio avviso erroneamente come contratto di prossimità, viene ritenuto in grado, in un'azienda del gruppo che non applicava il contratto nazionale metalmeccanici, addirittura di sostituire immediatamente ed integralmente il contratto nazionale gomma plastica ancora pienamente vigente senza il consenso di tutte le organizzazioni sindacali firmatarie.

2. Una svolta apparente: continuità e omissioni

La Riforma del 2012, dunque, ci precipita addosso in questo contesto già fortemente compromesso e nel quale gli equilibri ed i rapporti di forza, nelle aule di giustizia ma soprattutto nei luoghi di lavoro, sono sempre più sbilanciati in favore delle imprese.

Apparentemente la riforma rappresenta una svolta rispetto al progetto politico del centro-destra. Ed infatti, dichiarando di ispirarsi ad un modello di *flexicurity*, da un lato si propone di porre un freno all'abuso dei contratti a tempo determinato e più in generale della varie tipologie di contratti "atipici", dall'altro non contesta ruolo e funzione della giurisdizione, attribuendo anzi ai giudici più poteri, sia nell'applicazione della disciplina sostanziale sia nella gestione del nuovo rito speciale per i licenziamenti.

Ma è veramente così?

Non sono d'accordo con chi enfatizza gli elementi di discontinuità tra la Riforma Fornero e la stagione legislativa precedente. La svolta, infatti, è più apparente che reale, perché gli elementi di continuità, nella sostanza più che nelle dichiarazioni di principio, prevalgono nettamente su quelli di rottura.

Partendo dalla flessibilità in entrata, dopo le roboanti dichiarazioni pubbliche, la montagna ha partorito un topolino: degli innumerevoli contratti atipici, connotati da forte precarietà ed insicurezza per il prestatore, è stato alla fine abrogato un solo contratto, quello di inserimento.

Per quanto riguarda più specificamente il contratto a tempo determinato, invece, il modesto *maquillage* realizzato nella disciplina della successione dei contratti ed in altri aspetti tutto sommato marginali è ampiamente compensato, in negativo, dalla previsione del contratto acausale della durata di ben 12 mesi.

Non si riesce ad immaginare, inoltre, quanto potrà accadere sul piano sociale nel momento in cui, dopo la riforma pensionistica, che già ha prodotto il grave

problema degli esodati, entrerà a regime anche quella degli ammortizzatori sociali.

In un quadro in cui la flessibilità in uscita viene indubbiamente incrementata in particolare, ma non soltanto, per i licenziamenti con motivazioni economiche, l'allungamento dell'età pensionabile e la riduzione degli ammortizzatori sociali impedirà di fatto il raggiungimento di quegli accordi di "accompagnamento alla pensione" che hanno consentito, in due decenni, di gestire il problema degli esuberanti in maniera meno traumatica riducendo l'impatto sociale di situazioni potenzialmente drammatiche.

Inoltre, la modifica della disciplina in materia di concessione della cassa integrazione straordinaria per le imprese insolventi renderà pressoché impossibile il salvataggio di queste ultime.

Quanto al maggior potere attribuito ai giudici, sul versante del diritto sostanziale si tratta in fondo solo della concessione di ampi spazi di discrezionalità nell'applicazione del regime sanzionatorio differenziato previsto dal nuovo art. 18, la quale, tuttavia, può essere esercitata solo "a scendere", dalla tutela piena, analoga a quella attuale, accordata solo ad ipotesi residuali, per arrivare sino a quella attenuata o addirittura a quella meramente indennitaria, in un quadro normativo dai contorni oltremodo incerti e sfumati. Sul versante processuale, invece, l'attribuzione di ampi poteri officiosi è funzionale alla gestione di un nuovo rito che, al di là della propaganda, è ritenuto da tutti gli operatori lacunoso ed irrazionale e che comunque creerà, ed anzi sta già creando, ben più problemi interpretativi e pratici di quanti ne possa risolvere.

Per quanto attiene infine alle modifiche all'art. 18, ci si può limitare a sottolineare che, per recuperare spazio alla tutela ripristinatoria - l'unica in grado di garantire l'effettività di tutti i diritti e dunque di preservare la dignità del cittadino anche nei luoghi di lavoro - è ora più che mai necessaria un'opera di costruzione di un diritto antidiscriminatorio maturo anche in Italia³.

I primi risultati, di straordinaria importanza, si sono avuti nella vicenda di Pomigliano, con l'ordinanza con la quale il Tribunale di Roma ha disposto l'assunzione da parte della Newco F.I.P. di 145 lavoratori discriminati solo perché iscritti alla Fiom-Cgil che si era opposta al contratto separato⁴.

Ma si tratta di un caso veramente clamoroso ed eclatante di discriminazione⁵, che dunque come tale, pur nella sua rilevanza, difficilmente può prestarsi a generalizzazione ed a conseguenti facili ottimismo.

³ A questo proposito si vorrebbe poter dare ragione a chi dice che in Italia non si è sviluppato un diritto antidiscriminatorio maturo perché non ce n'è mai stato bisogno, proprio in quanto l'art. 18 era sufficiente ad assicurare un ampio grado di tutela. Temo, però, che la battaglia culturale da intraprendere sia lunga ed il percorso sia tutto in salita. Al riguardo si rinvia, per interessanti spunti e la valorizzazione del diritto costituzionale italiano prima ancora della disciplina eurocomunitaria, al contributo in questo Volume di S. Niccolai.

⁴ Trib. Roma 21 giugno 2012, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/area.php?a=8>, confermata, ed anzi rafforzata, da App. Roma 19 ottobre 2012, *ibidem*, con commento di E. Tarquini, *La discriminazione per motivi sindacali e l'onere della prova del datore di lavoro*.

⁵ su un organico complessivo di 4.367 dipendenti addetti allo stabilimento di Pomigliano, gestito da Fiat Group Automobiles, alla data del giugno del 2012, la F.I.P. ne aveva assunti 1.893: tra questi nessuno è risultato essere iscritto alla Fiom.

Un caso estremo, dunque, determinato non soltanto dalla pervicace volontà di punire coloro i quali si erano opposti alla logica ed ai contenuti del contratto separato escludendoli dalle assunzioni, ma anche dalla volontà di impedire la costituzione della rappresentanza sindacale aziendale da parte della Fiom, con ciò aggirando l'ordine impartito dal Tribunale di Torino⁶.

Ricordo, infine, quello che soprattutto manca nella Riforma Fornero, cioè un intervento sulla questione della rappresentanza nei luoghi di lavoro.

La interpretazione strettamente letterale dell'art. 19 St.lav., nel testo interpolato dal referendum del 1995, comporta infatti l'esclusione del sindacato maggioritario dalla rappresentanza in azienda in presenza di accordi separati da questo non sottoscritti.

Al di là degli esiti oggettivamente ancora aperti del contenzioso giudiziario in atto tra Fiom e Fiat, e in attesa della decisione della Corte Costituzionale investita dalla questione di legittimità costituzionale dell'art. 19⁷, è assolutamente sconcertante il dover constatare che il legislatore non si sia sinora sentito ancora in dovere di intervenire in questa materia.

L'esclusione della Fiom dalla rappresentanza aziendale negli stabilimenti della maggiore industria manifatturiera italiana, modello già imitato in altri settori⁸, rappresenta infatti un *vulnus* gravissimo alle regole di democrazia sindacale.

Non è tollerabile il fatto che venga legittimato o anche solo tollerato un sistema di relazioni sindacali fondato su una sorta di "*conventio ad excludendum*" di una organizzazione sindacale effettivamente rappresentativa solo perché dissenziente.

Su questo piano si gioca una partita importante che coinvolge non solo i rapporti

⁶ Trib. Torino 14 settembre 2011, n. 2583, in MGL, 2011, 774.

⁷ Risultano allo stato due ordinanze di rimessione: Trib. Modena 4 giugno 2012, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/upy/fsentenza/illegittimitàcostituzart.19.pdf>, e Trib. Vercelli 25 settembre 2012, in www.cortecostituzionale.it.

⁸ Al riguardo v. Trib. Milano 16 maggio 2012, inedita, nel caso che ha visto contrapposta la Filcams Cgil, non firmataria dell'ultimo accordo di rinnovo del c.c.n.l. terziario, alla società Decathlon, che non ne aveva riconosciuto la r.s.a. in una sua unità produttiva.

IL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO E QUELLO DI SOMMINISTRAZIONE

di Massimo Pagliarini

1. Le novità della riforma in tema di contratto a tempo determinato / 1.1. Il regime in tema di somministrazione a tempo determinato / 2. Il ruolo della contrattazione collettiva / 3. Il regime delle proroghe / 4. Gli intervalli temporali tra i contratti / 5. Il computo del limite massimo dei 36 mesi / 6. I termini di decadenza per l'impugnativa / 7. La indennità onnicomprensiva dell'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro e il danno patito dal lavoratore / 8. Conclusione.

1. Le novità della riforma in tema di contratto a tempo determinato

Poche - sotto un profilo meramente numerico - sono le novità introdotte dalla riforma in tema di rapporto di lavoro a tempo determinato, essendo ad esso dedicati solo cinque commi (da 9 a 13) dell'art. 1 della novella. Poche, ma decisamente significative, e tuttavia anche contraddittorie, non solo tra loro ma anche con riguardo agli altri ambiti della riforma.

Quest'ultima ha voluto, da una parte, affermare che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce il cosiddetto "contratto dominante" e cioè la *forma comune* di rapporto di lavoro (così la modificata norma "manifesto" di apertura del d.lgs. n. 368/01), ma dall'altra - con quella che è sicuramente la novità più significativa - ha voluto liberalizzare l'assunzione a tempo determinato, senza cioè la necessità che il datore di lavoro indichi e specifichi - nell'atto che comunque deve continuare ad avere la forma scritta - le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di apposizione del termine alla durata del contratto di lavoro subordinato.

La modifica della norma "manifesto" (art.1, comma 1, del d.lgs. n. 368/01) non è solo terminologica: nel testo da ultimo introdotto nel 2007 con la l. n. 247, si affermava che all'interno della categoria "contratto di lavoro subordinato" la regola era quella dell'assunzione a tempo indeterminato (e conseguentemente l'eccezione doveva intendersi quella dell'assunzione a tempo determinato)¹.

¹ Cfr. Cass. n.12985/2008, secondo cui "il D.Lgs. n.368 del 2001, art.1 (di attuazione della direttiva 199/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato), anche anteriormente alla esplicita introduzione del comma "premesse" dalla l. 24 dicembre 2007, n.247, art. 39, ha senz'altro confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo pur sempre la apposizione del termine una ipotesi derogatoria, rispetto a detto principio".

Oggi, nello stesso solco, si afferma invece che all'interno della più ampia categoria "rapporti di lavoro", la forma comune è quella del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Detta modifica richiama letteralmente le affermazioni contenute sia nel Preambolo che nel Considerando n. 6 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 (*"Le parti firmatarie dell'accordo riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori"; "considerando che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento"*).

A fronte di tale novellata norma "manifesto" si pone tuttavia, come detto, la acausalità dell'assunzione a termine, sicché quella che poche righe sopra è affermata come forma "non comune" di rapporto di lavoro, nella stessa disposizione - poche righe sotto - diventa, di fatto, con alcune condizioni, la regola.

Seppure infatti la liberalizzazione, o acausalità, dell'apposizione del termine sia comunque in certo qual modo limitata (deve trattarsi del "primo" rapporto a tempo determinato, non prorogabile, che non può avere durata superiore a dodici mesi), non sembra davvero difficile prevedere che per evidenti motivi, e perché meno "impegnativa", questa sarà la scelta, ordinaria e comune, che il datore di lavoro farà per reclutare personale, con conseguente accentuazione della precarizzazione di quest'ultimo e con buona pace di quella che la stessa riforma ha sostenuto essere la prima finalità di essa (ossia, favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili con il rilievo prioritario dato al lavoro subordinato a tempo indeterminato - cosiddetto contratto dominante - quale forma comune di rapporto di lavoro: cfr. art.1, comma 1, lett.a)². Né la previsione di un contributo addizionale dell'1,4% a carico del datore di lavoro (v. co.28 art. 2) può essere considerata un sufficiente ostacolo o deterrente alla diffusione di tale tipo di assunzione.

Con una circolare emanata in concomitanza con l'entrata in vigore della riforma (n. 18 del 18 luglio 2012) il Ministero del lavoro ha indicato la finalità di detta liberalizzazione (*"una migliore verifica delle attitudini e delle capacità professionali del lavoratore in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo"*), traendosi da ciò la conferma che l'introduzione del primo contratto a tempo determinato acausale svolge la medesima funzione del patto di prova, con l'ulteriore conseguenza dell'intuibile venir meno in prospettiva della costituzione di rapporti di lavoro stabili con apposizione del patto di prova, vista ora la convenienza, per il datore di lavoro, di sperimentare in prova un lavoratore per un periodo molto più lungo di quello normalmente stabilito dai contratti collettivi.

² V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 154/2012, p. 6, afferma che comunque la scelta operata dalla riforma è comunque compatibile con il diritto comunitario posto che sia la giurisprudenza della Cassazione (con riferimento a Cass. n. 12985/2008, e n. 2279/2010) sia quella della Corte di Giustizia (23 aprile 2009, *Kiriaki Angelidaki*) ritengono inapplicabile al contratto unico la clausola n.5 volta a scongiurare abusi nella successione di contratti a termine.

Occorre poi chiarire se il primo rapporto acausale a tempo determinato debba costituire necessariamente il primo “contatto” tra le parti o se possa comunque essere stipulato anche se tra le stesse, in precedenza, sia stata instaurata una qualsivoglia relazione lavorativa.

A tale riguardo - escluso evidentemente che la precedente relazione lavorativa sia stata un contratto di lavoro a termine - la citata circolare n. 18 ha altresì escluso la possibilità di assunzione a termine priva di ragioni se le stesse parti abbiano già intrattenuto, in precedenza, un primo rapporto lavorativo di natura subordinata a tempo indeterminato. Ciò perché, se, come detto, l'assunzione a termine acausale è una sorta di prolungato patto di prova, *“non appare coerente con la ratio normativa estendere il regime semplificato in relazione a rapporti in qualche modo già sperimentati”* (così la circolare).

Rimane tuttavia aperto il problema se l'assunzione a termine priva di causale possa far seguito ad una precedente relazione lavorativa tra le stesse parti consistita in un contratto di lavoro non subordinato. Esso può essere risolto sia rammentando le finalità della riforma (ridurre la precarietà del lavoro e l'abuso di contratti flessibili) sia considerando che anche attraverso questi ultimi è ben possibile la verifica e la sperimentazione delle attitudini e della capacità del lavoratore; cosicché appare decisamente preferibile la tesi che l'assunzione a termine acausale sia preclusa quando le stesse parti abbiano in precedenza stipulato anche rapporti di lavoro autonomi.

La richiamata circolare ha poi chiarito che il periodo massimo di dodici mesi per l'assunzione a termine priva di causale non costituisce una “franchigia” e non è comunque frazionabile, nel senso che se un primo contratto di lavoro acausale viene stipulato tra le parti con un termine inferiore a detto periodo massimo, non è possibile poi - ferma restando la non prorogabilità di esso - stipularne un altro fino al raggiungimento del periodo massimo, essendo in tal caso necessario che il secondo contratto a termine specifichi le ragioni di questa nuova assunzione a termine.

1.1. Il regime in tema di somministrazione a tempo determinato

La liberalizzazione del primo contratto di lavoro a termine è stata poi estesa anche all'ipotesi *“di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato”*, cosicché in tale particolare fattispecie l'acausalità investirà non solo il rapporto di lavoro a termine tra lavoratore ed agenzia di somministrazione ma anche quello commerciale tra quest'ultima e l'utilizzatore: anche quest'ultimo rapporto, infatti, visto il collegamento tra le due tipologie negoziali, potrà ora essere stipulato senza l'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, di cui all'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/03.

Alla somministrazione a termine acausale potrà poi seguire un'ulteriore somministrazione acausale in presenza, questa volta, delle ipotesi di esonero soggettivo dalle esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive previste dall'art. 4, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 24/12 (ipotesi relative all'utilizzo di

soggetti disoccupati, di soggetti comunque percettori di ammortizzatori sociali e di lavoratori “svantaggiati” o “molto svantaggiati”).

2. Il ruolo della contrattazione collettiva

La acausalità del primo rapporto di lavoro a termine, oltre ad essere stata direttamente stabilita dalla riforma, è stata poi fatta oggetto di delega alla contrattazione collettiva, che potrà ulteriormente consentirla in presenza di determinate ipotesi. Si afferma infatti che i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale possono prevedere (alternativamente all'ipotesi di acausalità fissata dal legislatore) che l'assunzione delle ragioni di assunzione a termine avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato da cinque casi: l'avvio di una nuova attività, il lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, la fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, ed infine il rinnovo o la proroga di una commessa consistente. L'unico limite che incontra questa ipotesi di acausalità di assunzione a termine rimessa alla contrattazione collettiva (in via diretta, a livello interconfederale o di categoria; ovvero in via delegata, ai livelli decentrati) è quello numerico, poiché l'assunzione a termine non potrà riguardare più del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva.

Sembra al riguardo difficile comprendere la convenienza, per il datore di lavoro, di un utilizzo di tali assunzioni flessibili, considerato, da un lato, detto limite quantitativo (limite non previsto invece per l'acausalità “generale” stabilita dal legislatore) e, dall'altro, il rischio del controllo giudiziale sulla sussistenza in concreto delle richiamate ragioni determinanti il processo organizzativo (ragioni da ritenersi tassative)³. Sicché l'unica spiegazione possibile dell'intervento del contratto collettivo sembra quella di poter prevedere una durata del rapporto di lavoro anche superiore a dodici mesi.

Appare infine significativo segnalare che in materia si è andati in controtendenza rispetto a quanto previsto dall'art. 8 del decreto legge n. 138/11 convertito con legge n. 148/11, in tema di contrattazione di prossimità (con la possibilità di introdurre discipline derogatorie alle previsioni di legge e dei contratti nazionali su determinate materie, compresa quella dei contratti a termine). Qui infatti la contrattazione decentrata è abilitata a provvedere sulla assenza delle ragioni di assunzione a termine solo se delegata dalla contrattazione interconfederale o di categoria: di ciò è consapevole lo stesso Ministero che nella citata circolare chiarisce che siamo in presenza di una gerarchia tra i diversi livelli di contrattazione, rimanendo *“pertanto esclusa la possibilità, da parte della contrattazione collettiva decentrata, di introdurre una disciplina diversa da quella già prevista dal Legislatore se non espressamente delegata a livello interconfederale o di categoria”*.

³ Sottolinea l'“improponibilità” dell'alternativa A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 13.

3. Il regime delle proroghe

Una ulteriore disposizione che va in direzione di una maggiore flessibilità in entrata è quella riguardante la prosecuzione di fatto del contratto dopo la scadenza del termine. Gli originari termini di tolleranza (entro i quali non vi è conversione ma solo incremento retributivo) sono infatti stati elevati da venti a trenta giorni (per i contratti di durata inferiore a sei mesi) e da trenta a cinquanta giorni (negli altri casi). Si tratta infatti di un cospicuo allungamento dei termini, rispetto ai quali non sembra possa valere la giustificazione di tollerare una semplice dimenticanza della scadenza del termine finale, eventualmente prorogato. Peraltro, tale estensione dei termini dovrebbe applicarsi anche ai contratti a termine acausali e a quelli alternativi disciplinati dalla contrattazione collettiva, con la conseguenza, quanto ai primi, che essi, sebbene non prorogabili, possono arrivare ad avere comunque una durata complessiva di poco inferiore a 14 mesi.

E' poi davvero significativo l'onere di comunicazione preventiva introdotto dal comma 2-bis dell'art. 5 d.lgs. n. 368/01. E' stato infatti previsto, in caso di continuazione del rapporto dopo la scadenza del termine, che il datore di lavoro debba comunicare al Centro per l'impiego territorialmente competente, *"entro la scadenza del termine inizialmente fissato"*, che il rapporto continuerà oltre tale termine, *"indicando altresì la durata della prosecuzione"*.

Ma se la *ratio* della previsione dei termini di tolleranza è quella di giustificare disguidi o dimenticanze, contenute nel tempo, l'obbligo di comunicazione preventiva non pare avere alcun senso. Da qui sembra cogliere nel segno la tesi secondo la quale si è voluta legalizzare la programmazione del prolungamento del contratto a termine e l'ampliamento della durata di esso senza rischiare la conversione del rapporto ma con la sola conseguenza dell'incremento retributivo. Tanto più che tale onere di comunicazione non è accompagnato da alcuna sanzione.

4. Gli intervalli temporali tra i contratti

Va invece nella direzione di ridurre l'utilizzazione sistematica dei contratti a termine e di diminuire la precarietà dei lavoratori (nell'ottica di un adeguamento agli orientamenti della Corte di Giustizia UE⁴) la disposizione che allunga in maniera cospicua gli intervalli tra un contratto a termine e l'altro (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/01). Gli originari dieci e venti giorni (dalla scadenza, rispettivamente, di un contratto della durata fino a sei mesi e di uno della durata superiore) sono aumentati a sessanta e novanta giorni. Una nuova assunzione a termine che non rispetti detti nuovi intervalli continua ad avere, come conseguenza sanzionatoria, che *"il secondo contratto si considera a tempo indeterminato"*.

Non mancano, tuttavia, importanti eccezioni.

⁴ V. in particolare ord. 12 giugno 2008, C- 364/07, *Vassilakis*.

Gli intervalli di tempo tra un contratto a termine e un altro sono nuovamente ridotti (da sessanta a venti giorni e da novanta a trenta giorni) - e riportati sostanzialmente a quelli originari, in vigore prima della modifica - per le attività stagionali e in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (così l'art. 46-bis della legge n. 134/12, di conversione del decreto legge "sviluppo" n. 83/12). Così come possono essere ridotti, nella stessa misura prevista per la prima eccezione, gli intervalli di tempo tra un contratto a termine e un altro in tutte le ipotesi di assunzione a termine introdotte dalla contrattazione collettiva e realizzate nell'ambito di un processo organizzativo determinato dai cinque tassativi casi già sopra richiamati che consentono la stipula del contratto a termine alternativo al primo rapporto acausale. In tal caso, peraltro, si prevede un meccanismo sostitutivo, in mancanza di intervento della contrattazione collettiva. È, infatti, lo stesso Ministero del lavoro che, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della riforma e sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, provvederà *"ad individuare le specifiche condizioni in cui ... operano le riduzioni ivi previste"*.

Il rispetto degli intervalli di tempo tra un'assunzione a termine ed un'altra non continua ad operare comunque nell'ambito della somministrazione a tempo determinato. Quanto infatti al contratto di lavoro tra lavoratore ed agenzia, rimane ferma l'esclusione della disciplina della successione dei contratti di cui all'art. 5, commi 3 e seguenti, del d.lgs. n. 368/01 (cfr. art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/03) e quanto al contratto commerciale tra utilizzatore e somministratore continua a non sussistere alcun limite alla reiterazione delle missioni a termine.

5. Il computo del limite massimo dei 36 mesi

Altra disposizione che si muove nella direzione di attenuare la flessibilità in entrata è quella (di cui alla lettera i) del comma 9 dell'art.1) che prevede che ai fini del computo del periodo massimo di 36 mesi (di durata complessiva del rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, peraltro derogabile dalla contrattazione collettiva) debbano essere calcolati anche i periodi di missione a tempo determinato (sia quella acausale che quella per ragioni tecniche e organizzative) svolti tra i medesimi soggetti.

La Circolare ministeriale mentre è chiara nell'indicare la finalità della modifica (con essa si *"vuole evidentemente evitare che, attraverso il ricorso alla somministrazione di lavoro, si possano aggirare i limiti all'impiego dello stesso lavoratore con mansioni equivalenti"*) aggiunge poi che tale periodo massimo triennale *"rappresenta un limite alla stipulazione di contratti a tempo determinato e non al ricorso alla somministrazione di lavoro. Ne consegue che raggiunto tale limite il datore di lavoro potrà comunque ricorrere alla somministrazione a tempo determinato con lo stesso lavoratore anche successivamente al raggiungimento dei 36 mesi"*.

Ma se, come detto, la finalità della disposizione è quella di evitare che le missioni a termine sostituiscano le assunzioni dirette per impedire di superare il

tetto dei 36 mesi (per mezzo di una alternanza tra rapporti a tempo determinato e contratti di somministrazione), l'unica condizione di operatività della norma è quella della sussistenza, nel tetto massimo, di almeno un contratto a tempo determinato, apparendo irrilevante che in tale tetto massimo le missioni a termine precedano, stiano in mezzo o seguano un'assunzione a termine diretta.

Da rilevare l'espresso richiamo al criterio dell'equivalenza delle mansioni: la legge parrebbe autorizzare il superamento del limite del 36 mesi in caso di missione avente ad oggetto la prestazione lavorativa concernente mansioni di diverso livello, o meglio, in tal caso, la decorrenza di un nuovo termine, non essendo cumulabili rapporti tra gli stessi soggetti ma concernenti prestazioni dal contenuto differente.

6. I termini di decadenza per l'impugnativa

Il Collegato lavoro (art. 32 della legge n. 183/10) aveva introdotto, anche per i contratti a tempo determinato, un termine di decadenza per l'impugnativa stragiudiziale e un termine di decadenza per quella giudiziale. La misura di detti termini era unica per tutte le fattispecie alle quali era stato esteso detto doppio termine di decadenza (oltre ai licenziamenti e ai contratti a termine, il recesso del committente nei rapporti parasubordinati, il trasferimento, la cessione del contratto di lavoro avvenuta ex art. 2112 c.c. e in ogni altro caso in cui il lavoratore chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto).

Ora, da questa disciplina unitaria viene sottratta la materia della nullità del termine, poiché quando si faccia tale questione il primo termine di decadenza stragiudiziale viene aumentato da 60 a 120 giorni (sempre decorrente dalla cessazione del contratto), mentre il secondo termine di decadenza giudiziale viene ridotto da 270 a 180 giorni. Tutto ciò a partire dalle cessazioni di contratti a termine verificate dal 1° gennaio 2013 (comma 12 art.1).

Appare evidente che con tale rimodulazione dei termini decadenziali la riforma abbia voluto farsi carico delle osservazioni avanzate dopo l'estensione anche ai contratti a termine, da parte del collegato lavoro, del nuovo doppio regime decadenziale. Si era infatti sostenuto che con il nuovo regime il lavoratore era stretto in una morsa tra attesa di nuova assunzione e necessità dell'impugnativa per impedire la decadenza⁵. Sicché l'allungamento del primo termine decadenziale di impugnativa stragiudiziale (portato a 120 giorni) potrebbe apparire idoneo ad allentare detta morsa.

Va peraltro sottolineato che comunque la somma dei due termini decadenziali è addirittura inferiore rispetto a quella passata (300 invece che 330 giorni) e che si potrebbe esattamente riproporre il dilemma ai danni del lavoratore (tra speranza di nuova assunzione e necessità di contestazione) se venissero rispettati i termini generali (di sessanta e novanta giorni) richiesti ora nell'intervallo tra la stipula di un contratto a termine ed altro successivo. In tali casi, infatti, il lavoratore si

⁵ Sul punto v. G. Mascarello, *I contratti di lavoro a termine: profili procedurali*, in F. Amato, S. Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 2011, p. 108.

troverà nella stessa situazione precedente, con un periodo molto limitato (che può arrivare a soli 30 giorni) per decidere se attendere una nuova assunzione o impugnare il contratto.

7. La indennità onnicomprensiva dell'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro e il danno patito dal lavoratore

Con un'ultima disposizione, la riforma ha voluto interpretare la disposizione del Collegato lavoro (art. 32, comma 5, della legge n. 183/10) che aveva introdotto, in caso di accertamento giudiziale della nullità del termine apposto al contratto di lavoro e alla conseguente conversione di esso, la condanna del datore di lavoro al "*risarcimento del lavoratore*" attraverso "*un'indennità onnicomprensiva*" nella misura tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità.

È noto che tale disposizione aveva suscitato numerosi problemi e aveva dato luogo a varie questioni di illegittimità costituzionale⁶.

Per sintetizzare, si era andati da interpretazioni assolutamente "minimaliste" (che escludevano finanche la conversione a tempo indeterminato del contratto di lavoro il cui termine era stato dichiarato nullo e che prevedevano che l'indennità onnicomprensiva coprisse tutti i possibili danni che il lavoratore poteva ottenere in tali casi) ad interpretazioni più estensive (che prevedevano - oltre alla conversione del contratto - che detta indennità onnicomprensiva si dovesse aggiungere, come una sorta di penale, agli ulteriori e ordinari profili risarcitori mutuati dal diritto civile in materia di *mora accipiendi*, determinati dalle retribuzioni non ricevute dal lavoratore dalla messa in mora al ripristino del rapporto), per passare a soluzioni intermedie, peraltro diversamente modulate (oltre alla conversione del rapporto, l'indennità onnicomprensiva coprirebbe tutti i possibili danni sofferti dal lavoratore, dalla scadenza del termine e fino alla pronuncia giudiziale di conversione del rapporto, oppure tutti i possibili danni sofferti dal lavoratore dalla scadenza del termine e fino alla domanda giudiziale di accertamento della nullità del termine).

È altresì noto che con sentenza n. 303/11 la Corte Costituzionale ha disatteso tutte le eccezioni di illegittimità di detta disposizione prospettate dai giudici rimettenti, sostenendo che l'indennità onnicomprensiva regola ogni aspetto economico precedente alla sentenza giudiziale di illegittimità del termine, mentre per il periodo successivo ad essa, dopo la ricostituzione giudiziale del rapporto a tempo indeterminato, il datore di lavoro è tenuto al pagamento delle retribuzioni, dovute anche in caso di mancata riammissione effettiva.

La riforma ha voluto dare crisma di legge alla citata interpretazione della Corte Costituzionale (peraltro seguita da alcuni pronunciamenti conformi della giurisprudenza di legittimità⁷) perché si è chiarito che la norma del Collegato lavoro "*si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al*

⁶ Trib. Trani, ord. 20 dicembre 2010; Cass. ord. n. 2112/2011.

⁷ V., ormai *ex multis*, Cass. n. 3056/2012; n. 3305/2012; n. 5241/2012.

periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro”.

Ogni diatriba interpretativa sembrerebbe pertanto a questo punto risolta, e così vanificati gli sforzi della giurisprudenza di merito di contenere gli effetti punitivi per il lavoratore⁸.

Restano da considerare tutti gli effetti conseguenti al consolidarsi della tesi già sposata dalla Corte costituzionale: anche alla luce della norma d’interpretazione autentica introdotta con la l. n. 92, si rafforza l’opinione secondo cui nel periodo antecedente alla sentenza il rapporto di lavoro non può esistere, vista l’esclusione dell’obbligo contributivo, e considerato l’utilizzo della parola “ricostituzione”, così che prima della sentenza non decorre l’anzianità di servizio⁹.

Tuttavia rimangono pur sempre aperte alcune questioni, la prima delle quali è quella relativa ai tempi della decisione giudiziale di ricostituzione del rapporto che in questo modo (coprendo l’indennità ogni pregiudizio fino alla pronuncia giudiziale), vengono interamente a gravare sul lavoratore. Sul punto, l’affermazione della Corte Costituzionale secondo cui tale evenienza non è che “*un inconveniente solo eventuale e di mero fatto*”, se può valere ai fini dell’esclusione di profili di illegittimità costituzionale, fa comunque permanere la sussistenza di una iniquità sostanziale ai danni del lavoratore. Tra l’altro, intervenendo sulla materia processuale limitatamente alla materia delle controversie ex art. 18, il Legislatore del 2012 mostra di non volersi comunque far carico di tale iniquità, lasciando fuori da ogni “corsia preferenziale” le controversie concernenti la nullità del termine¹⁰.

Infine, rimane aperto, anche dopo la riforma, il problema dell’applicabilità o meno della disposizione sull’indennità onnicomprensiva ai casi di somministrazione irregolare (ex art. 27 d.lgs. n. 276/2003), continuando ad essere preferibile la tesi dell’inapplicabilità (perché la indennità onnicomprensiva è conseguenza della conversione a tempo indeterminato di un rapporto a termine, mentre nel caso di somministrazione irregolare tra il lavoratore e l’utilizzatore non è stato stipulato alcun contratto a termine¹¹).

8. Conclusione

Alla luce di quanto detto, il giudizio complessivo sulla riforma operata con la l. n. 92/2012 in tema di contratto a termine può ritenersi contrassegnato da luci ed ombre; forse più da queste ultime, considerato che la novità più significativa

⁸ Cfr. App. Roma 17 gennaio 2012, n.267, e App. Torino 20 dicembre 2011, n.1519, allo stato inedite, che avevano circoscritto la valenza onnicomprensiva dell’indennità entro il periodo dalla scadenza del termine illegittimo fino alla domanda di proposizione della domanda giudiziale.

⁹ Così A. Vallebona, *op.cit.*, p.14; in senso non del tutto conforme Cass. n. 14996/2012, secondo cui “gli scatti di anzianità maturati fino alla sentenza che ha dichiarato il rapporto a tempo indeterminato *ab origine* devono ritenersi compresi nella nuova indennità onnicomprensiva”.

¹⁰ Si rinvia allo scritto di M. Leone, A. Torrice, in questo Volume.

¹¹ *Contra*, V. Speciale, *op. cit.*, p.12, che ricorda come la conversione abbia comunque bisogno di essere fondata sul richiamo del d.lgs. n. 368/2001 operato dal richiamo dell’art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (di cui il comma 5 dell’art. 32 l. n. 183/2010 costituisce oggi un’appendice), e che a ciò aggiunge che oggi il risarcimento forfettizzato integrerebbe “una speciale disciplina unitaria e inscindibile delle conseguenze della illegittimità del termine”.

(quella della liberalizzazione del primo rapporto) rischia come detto di diventare la forma comune e ordinaria di reclutamento del personale, permettendo al datore di lavoro di programmare un continuo *turn over* dei lavoratori, tutti assunti una prima ed unica volta e tutti pertanto perennemente precari. Insomma, la misura legislativa pare essere stata assunta senza considerarne a fondo le plausibili concrete conseguenze, che certo andranno a confliggere con l'intento dichiarato di favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili, ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, un rilievo che però, per quanto emerge dal contenuto delle disposizioni, rischia di rimanere una mera petizione di principio.

FIGLI DI UN DIO "MINORE": IL CONTRATTO DI LAVORO A PART TIME, ACCESSORIO, INTERMITTENTE,

di Fabrizia Garri

1. Premessa / 2. Il lavoro *part time* / 3. Il contratto occasionale di tipo accessorio o a "*voucher*" / 4. Il contratto di lavoro intermittente o "*job in call*" / 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Nel contesto di una riforma che ha suscitato violente reazioni da tutte le parti coinvolte, vuoi perché ritenuta gravemente insufficiente, vuoi perché demolitoria di un sistema consolidato di garanzie, le disposizioni che interessano alcuni aspetti della disciplina della flessibilità in entrata e nello svolgimento del rapporto di lavoro si muovono - in controtendenza - nella non disprezzabile direzione di completamento e di chiarimento della normativa già esistente. Certo, restano alcuni dubbi irrisolti che si tenterà di evidenziare.

2. Il lavoro *part time*

Il lavoro a tempo parziale è caratterizzato da un orario, stabilito dal contratto individuale, inferiore all'orario "normale" di lavoro che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 66/2003, è di regola di 40 ore settimanali, fatto salvo il minor orario stabilito in sede di contrattazione collettiva di settore. Esso costituisce uno degli elementi di flessibilità usati dalle aziende, per risolvere situazioni lavorative che non richiedono il pieno impegno del lavoratore, oppure per quei lavori che devono essere svolti solo in alcuni periodi dell'anno. In sostanza l'intento è quello di fluidificare, attraverso questo strumento contrattuale, la prestazione lavorativa, adattando la disponibilità del lavoratore alle esigenze aziendali.

Resta affidata al prestatore di lavoro, nei limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva, la facoltà di aderire o meno alle richieste avanzate dalla parte datoriale, di un maggior impegno lavorativo, vuoi lavorando più ore di quelle contrattate, vuoi facendo slittare temporalmente il monte ore lavorative pattuite.

La prima disciplina organica è stata introdotta dalla l. n. 863/84, modificata in molte parti con il d.lgs. n. 61/2000, che ha attuato la direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e

dalla CES. Quindi, nel tempo, l'istituto del *part time* ha subito ulteriori significative modifiche in particolare ad opera del d.lgs. n. 100/2001 e, ancor più radicalmente, con il d.lgs. n. 276/2003 (c.d. Riforma Biagi).

Di fatto, essa si è rivelata un valido strumento per incrementare la occupazione di particolari categorie di lavoratori, come giovani, donne, anziani e lavoratori usciti dal mercato del lavoro. Inoltre, si configura come un rapporto di lavoro stabile, non precario, che permette di soddisfare le esigenze di flessibilità delle imprese da una parte e di adattarsi a particolari esigenze dei lavoratori quali la conciliazione tra lavoro e famiglia.

Non è questa la sede per ripercorrere il lungo cammino della disciplina di tale modalità di prestazione dell'attività lavorativa né tanto meno di soffermarsi nel dettaglio sulle interpretazioni che la giurisprudenza ne ha dato¹. Ci si limiterà pertanto all'analisi delle modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 contenute nell'art. 1, comma 20, della legge stessa².

Al riguardo si deve osservare che, per la verità, si tratta di un intervento assai limitato che, tra l'altro, nemmeno trova immediata applicazione nel rapporto di lavoro pubblico³. Sostanzialmente una operazione di *maquillage* della disciplina complessiva che, per qualche aspetto, recepisce una sentita necessità di assicurare una maggiore tutela al lavoratore al quale tale regime sia stato, per così dire, imposto all'atto della conclusione del contratto ovvero proposto in corso di rapporto.

La legge interviene infatti con piccoli aggiustamenti della disciplina vigente ed accentua la delega alla contrattazione collettiva. Certo, la tecnica adoperata non viene incontro all'interprete che si trova ad applicare contemporaneamente regimi differenti. Sebbene, infatti, le modifiche introdotte siano immediatamente

¹ Tra i tanti, v. i più recenti R. Staiano, *I nuovi contratti di lavoro. Formativo, apprendistato, a termine, part-time, a progetto*, Maggioli, Rimini, 2012; A. Minervini, *Il lavoro a tempo parziale*, Giuffrè, Milano, 2009; M. Papaleoni, *Il Nuovo part-time nel settore privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2004. Al riguardo già M. Tatarelli, *Part time e tempo determinato nel lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 1999. Molteplici gli aspetti che hanno interessato la giurisprudenza della Suprema Corte. Si richiamano, senza alcuna pretesa di esaustività, alcune delle più interessanti: Cass. n. 6229/2007, in tema di soppressione parziale del posto di lavoro e licenziamento per giustificato motivo oggettivo; Cass. n. 27762/2009, in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto nel *part time* verticale; Cass. n. 2546/2004, in tema di computo dei lavoratori *part time* ai fini del requisito dimensionale in materia di licenziamento; Cass. n. 17726/2011, riguardo all'applicazione del principio di non discriminazione; Cass. S.U. n. 1732/2003, in tema di *part time* verticale e indennità di disoccupazione per i periodi di inattività; Cass. n. 9039/2012 e C. Cost. n. 36/2012, in tema di calcolo della contribuzione nel *part time* a fini dell'anzianità contributiva utile per conseguire prestazioni previdenziali.

² Che recita "all'articolo 3 del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, sono apportate le seguenti modifiche: a) al comma 7, dopo il numero 3) e' aggiunto il seguente: «3-bis) condizioni e modalità che consentono al lavoratore di richiedere l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili e delle clausole elastiche stabilite ai sensi del presente comma»; b) al comma 9 e' aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Fermo restando le ulteriori condizioni individuate dai contratti collettivi ai sensi del comma 7, al lavoratore che si trovi nelle condizioni di cui all'articolo 12-bis del presente decreto ovvero in quelle di cui all'articolo 10, primo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e' riconosciuta la facoltà di revocare il predetto consenso».

³ Com'è noto, l'art. 1 l. n. 92/2012, che contiene le indicazioni di carattere generale che ispirano la disciplina, al comma 7 prevede che "Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo." Il successivo comma 8 demanda, quindi, l'applicazione del comma 7 al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individuazione e definizione degli ambiti, delle modalità e i tempi di armonizzazione.

operative, tuttavia, restando demandata alla contrattazione collettiva la definizione delle caratteristiche del *part time*, solo le clausole cd. "elastiche" potranno sin da subito e sulla base di accordi individuali essere utilizzate. Per le clausole "flessibili" e per il lavoro "supplementare" sarà necessario attendere i contratti collettivi⁴.

Procedendo ad un esame più specifico delle innovazioni introdotte, si osserva che la disciplina - con l'aggiunta all'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 61 di un ulteriore numero 3 *bis* - viene integrata colmando una lacuna della previgente normativa ed investendo le parti sociali della individuazione di condizioni e modalità con le quali anche il lavoratore, e non solo la parte datoriale, può richiedere la eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili e delle clausole elastiche. Un tentativo di riequilibrare le posizioni dei prestatori di lavoro che si trovano, senz'altro, in una posizione di maggiore debolezza contrattuale. Il riferimento, mantenuto, alla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed il richiamo alla disciplina dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 61/2000 (rimasto invariato anche successivamente alla l. n. 276/2003 e non modificato dalla Riforma Fornero) potrebbe far intendere che si sia voluto lasciare integro il sistema di contrattazione ed i livelli di derogabilità. Tuttavia, tale lettura si scontra con l'effetto pervasivo dell'art. 8 d.l. n. 138/2011, nel testo risultante dalle modifiche apportate, in sede di conversione, ad opera della l. n. 148/2011 e con una possibile ed inevitabile incidenza anche in senso peggiorativo della cd. contrattazione collettiva di prossimità⁵. Nella stessa direzione si colloca anche l'inciso aggiunto all'art. 3, comma 9, l. n. 61/2000 nella parte in cui disciplina le possibilità di revoca da parte del lavoratore del consenso, da prestarsi in forma scritta, alla riduzione dell'orario. Con tale disposizione, infatti, in aggiunta alle ipotesi di revoca del consenso previste dalla contrattazione collettiva, si rafforza la posizione di quei lavoratori che versano in condizioni di particolare debolezza per gravi ragioni di salute proprie o di familiari stretti (genitori, coniuge o figli) ovvero per i lavoratori studenti. Per tali categorie infatti la norma prevede la possibilità di revocare il consenso senza condizioni o limiti.

Una disposizione che ha visto una ferma reazione da parte di alcuni commentatori che hanno posto in evidenza come "l'organizzazione del lavoro potrebbe essere concretamente esposta a numerose ed imprevedibili modifiche, che il datore di lavoro, in tempi brevissimi, dovrebbe essere in grado di gestire", desumendo da ciò che la prospettiva non sarebbe tanto quella di "incentivare l'impiego virtuoso dell'istituto ostacolandone l'utilizzo quale copertura di utilizzi irregolari di lavoratori", come si legge nella relazione di accompagnamento del

⁴ Si dicono "clausole elastiche" quelle che consentono, sull'accordo delle parti, lo scorrimento dell'orario stesso nell'arco della giornata lavorativa, mentre sono "flessibili" quelle attengono alla variazione in aumento delle ore da lavorare e le clausole che regolano il lavoro "supplementare" ed incidono sul maggior orario richiedibile oltre quello parziale pattuito.

⁵ Per un attento esame degli effetti della disciplina dell'art. 8 d.l. n. 138/2011, come modificato dalla l. 148 si rinvia, nell'ampio quadro dei commenti alla stessa, alle approfondite considerazioni svolte da A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in www.lex.unict.it, ed a V. Leccese, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Relazione al Convegno A.I.D.L.A.S.S., Pisa 7-9 giugno 2012, in www.aidlass.it.

testo, “ma piuttosto quella di limitare il ricorso ad un istituto che rimetteva alla volontà e alla libertà delle parti la possibilità di coniugare le esigenze dell’impresa con quelle, personali e familiari, del singolo lavoratore” riducendone la flessibilità⁶. Rimane intatta, infine, la disposizione che vieta il licenziamento del lavoratore che rifiuti di prestare il suo consenso allo svolgimento del lavoro a *part time*. Deve ritenersi, tuttavia, persa una buona occasione per chiarire se tale divieto si estenda anche alla mancata assunzione ovvero sia limitato alla sola ipotesi di modifiche all’orario che intervengano nel corso del rapporto. Quel che è certo è che tale licenziamento, ove intimato, debba essere qualificato come discriminatorio e dunque soggetto alla tutela reintegratoria.

3. Il contratto occasionale di tipo accessorio o a “voucher”

La disciplina del contratto occasionale di tipo accessorio, introdotta dalla riforma Biagi, è forse quella che negli anni successivi all’entrata in vigore della l. n. 276/2003 ha subito il maggior numero di rimaneggiamenti, adattamenti, modifiche e ripristini, lasciando all’interprete il dubbio che si tratti di disciplina che non trova ancora una sua profonda e generale ragione sociale nel contesto economico nazionale. Muove dal proposito, in sé condivisibile, di far emergere tipologie di lavoro spesso non dichiarato e quindi elusivo di ogni controllo anche sotto il profilo degli oneri contributivi ed assicurativi.

La scelta del legislatore è stata, sin dall’origine, travagliata. La disciplina, come detto, ha conosciuto una serie di aggiustamenti sia estensivi (con applicazione ad esempio del tipo contrattuale anche al settore pubblico) che restrittivi, con abrogazione di interi commi di non marginale importanza, tanto nel tentativo di dettare per l’istituto una disciplina organica⁷. Il risultato era stato una mera puntigliosa elencazione delle attività che potevano avvalersi di tale tipologia contrattuale, dei soggetti che potevano essere chiamati a renderla, delle regole e delle eccezioni. Il quadro che ne risultava non offriva, a coloro che di tale modalità di prestazione di lavoro intendevano avvalersi, un quadro normativo di riferimento chiaro e scevro di dubbi interpretativi⁸.

In tale situazione, la legge n. 92 del 2012 tenta un apprezzabile sforzo di dare una definizione di carattere generale al tipo contrattuale ancorandola ad alcuni

⁶ In questo senso P. Rausei, R. Scolastici, *Nuove clausole elastiche e flessibili: meno flessibilità più incertezze*, in P. Rausei e M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata Ulteriori osservazioni sul DDL n. 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, p. 85 ss., in <http://www.adapt.it>; v. anche A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 114, che però segnala trattarsi di un intervento in funzione compensativa del recente allargamento operato con l’art. 22, comma 4, l. 183/2011. Il citato comma 4 ha, infatti, abrogato l’art. 71 d.lgs. 276/2003 che individuava le categorie di soggetti che potevano svolgere attività di lavoro accessorio.

⁷ L’art. 70 d.lgs. n. 276 è stato modificato dall’art. 1 *bis* d.l. n. 35/2005 e dall’art. 11 *quaterdecies*, comma 6, d.l. n. 203/2005, quindi successivamente sostituito dall’art. 22, comma 4, d.l. n. 112/2008, come modificato dalla relativa legge di conversione, ed ancora modificato dalle lettere a), b), c) e d) del comma 12 dell’art. 7 *ter*, d.l. n. 5/2009, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione.

⁸ Si riportano dal sito dell’Inps l’elenco di circolari e messaggi intervenuti: Messaggio n. 3598 dell’11 febbraio 2011; Circolare n. 157 del 7 dicembre 2010; Circolare n. 130 del 4 ottobre 2010; Circolare n. 91 del 9 luglio 2010; Messaggio n. 9999 del 13 aprile 2010; Circolare n. 17 del 3 febbraio 2010; Circolare n. 88 del 9 luglio 2009; Circolare n. 76 del 26 maggio 2009; Circolare n. 44 del 24 marzo 2009; Circolare n. 104 del 1° dicembre 2008; Circolare n. 94 del 27 ottobre 2008; Messaggio n. 20439 del 17 settembre 2008; Messaggio n. 17846 del 6 agosto 2008; Circolare n. 81 del 31 luglio 2008.

parametri prefissati⁹. Manca, tuttavia, una regolamentazione organica dell'istituto e non sono eliminati i dubbi connessi alla qualificazione del rapporto. Viene confermato che la prestazione deve essere di carattere occasionale ed anzi, aggiungendo l'avverbio "meramente", si pone ancor più vigorosamente l'accento sulla saltuarietà che deve connotare tali prestazioni lavorative. Opportuna l'abrogazione dell'elencazione tassativa dei settori di attività che si possono avvalere di tale tipologia contrattuale così come quella delle categorie di prestatori. In sostanza oggi, le più diverse attività possono essere svolte da qualsiasi soggetto (disoccupato, inoccupato, lavoratore autonomo o subordinato, *full time* o *part time*, pensionato, studente, percettore di prestazioni a sostegno del reddito) sempre che siano rispettati i limiti del nuovo compenso economico previsto. Questo, infatti, è stato fissato annualmente in non più di 5000 euro, rivalutati sulla base della variazione dell'indice istat. Ove, tuttavia, destinatari della prestazione siano imprenditori commerciali o professionisti, sempre fermo il limite generale annuale, questo non può però superare 2000 euro per ciascun committente. Scelta sicuramente rigorosa che però si coniuga con le caratteristiche della tipologia contrattuale e si muove nel senso di evitare abusi.

Non si può, tuttavia, in senso critico non osservare che non sono previsti strumenti oggettivi e generalizzati di riscontro del rispetto di tali pur rigide regole. Inoltre, manca del tutto una sanzione per comportamenti in violazione dei principi stabiliti. Si potrebbe allora ritenere, secondo una prima esemplificazione, che, qualora la violazione attenga ad una utilizzazione da parte dello stesso committente oltre i limiti di legge, questo ne risponde eventualmente anche in termini di diversa qualificazione del rapporto; se il superamento del limite di retribuzione annuale, è imputabile ad un comportamento elusivo del lavoratore vengono meno i benefici contributivi e tributari accordati. Resta che per una legge che si propone di migliorare la utilizzazione della flessibilità in entrata l'aver ommesso di prevedere controlli per monitorare l'utilizzo dello strumento contrattuale e qualsivoglia sanzione per le eventuali violazioni, appare una non condivisibile "distrazione".

Più complessa la disciplina per il settore agricolo dove, inalterato il collegamento alla stagionalità dell'esigenza da soddisfare, è stata invece ulteriormente ridotta la platea, già limitata, dei soggetti che possono rendere le prestazioni: pensionati e giovani con meno di venticinque anni di età regolarmente iscritti a un ciclo di studi scolastico o universitario. Viene, peraltro, esclusa la categoria, in precedenza prevista, delle "casalinghe"¹⁰.

⁹ Per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura meramente occasionale che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a € 5.000 euro nel corso di un anno solare, annualmente rivalutati. Fermo restando il limite complessivo di € 5.000 euro nel corso di un anno solare, nei confronti dei committenti imprenditori commerciali o professionisti, le attività lavorative di cui al presente comma possono essere svolte a favore di ciascun singolo committente per compensi non superiori ad € 2.000, rivalutati annualmente.

¹⁰ Singolare la vicenda che riguarda questa categoria non prevista dal testo originario del d.lgs. n. 276/2003, introdotta con l'art. 7 *ter*, comma 12, lett. c) d.l. n. 5/2009, conv. nella l. n. 33/2009 e oggi nuovamente esclusa. Senza fare dietrologie sembra che il legislatore più o meno consapevolmente abbia voluto limitare preventivamente possibili abusi in tale peculiare settore dove l'utilizzo saltuario della forza lavoro femminile è sostanzialmente endemico. Però, proprio l'autorizzazione all'utilizzazione di tali categorie di

Permane il divieto di prestare lavoro accessorio per coloro che nell'anno precedente alla richiesta, fossero iscritti negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli. Tale vincolo è, però, limitato alle attività agricole svolte a favore di produttori con volumi di affari ridotti, che esercitano la loro attività in comunità montane con popolazione molto esigua (non più di mille abitanti), che beneficino di un regime di contabilità semplificata e di agevolazioni fiscali ai sensi dell'art. 34, comma 6, d.p.r. n. 633/1972. Nella platea di coloro che possono avvalersi di prestazioni di lavoro accessorio è mantenuta la categoria dei committenti pubblici, come previsto dalla precedente formulazione della disposizione, nel testo modificato dall'art. 2, comma 149, l. n. 191/2009¹¹. Inalterati i vincoli, già individuati: rispetto della disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno. La eliminazione dal testo della disposizione dell'esplicito riferimento agli enti locali, ricompresi evidentemente nella categoria dei committenti pubblici, e la ridefinizione di carattere generale dei soggetti, sia committenti sia prestatori di opera, inducono a ritenere superati i dubbi di applicabilità precedentemente sorti. Oltre ad essere stato eliminato ogni limite circa le attività in relazione alle quali il pubblico committente può avvalersi del lavoro accessorio¹², è anche per questo prevista la possibilità di utilizzare qualsivoglia tipologia di prestatore per attività di supporto a quelle istituzionali.

Importante si mostra l'intervento normativo per quanto riguarda i lavoratori stranieri. L'ultimo comma dell'art. 70, infatti, risolve positivamente la *vexata questio* della computabilità di tali compensi per la determinazione del reddito necessario ai fini del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno¹³.

lavoratrici avrebbe potuto costituire un rimedio efficace assicurando una copertura assicurativa e contributiva effettivamente collegata all'attività prestata.

¹¹ È confermata la nozione di committente pubblico, che comprende ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 "tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le Amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300".

¹² Prima tassativamente limitato ad attività svolte nell'ambito di manifestazioni sportive, culturali, fieristiche o caritatevoli e di lavori di emergenza o di solidarietà, nei lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti, ex art 70, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 276/2003.

¹³ Ad es., l'INPS con la Circolare n. 44/2009, che forniva indicazioni per l'applicazione del lavoro occasionale accessorio nel settore domestico, aveva interpretato la precedente dizione normativa nel senso che, per quanto riguardava i cittadini extracomunitari, il reddito da lavoro occasionale accessorio non consentiva né il rilascio né il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Una ricerca della Fondazione Leone Moressa (*Il lavoro occasionale accessorio (voucher o buoni lavoro) come modalità di occupazione degli stranieri. Anni 2009, 2010, 2011*), dopo che la recente riforma del lavoro ha reso i compensi da lavoro accessorio validi per il computo del reddito necessario al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno, afferma che "un sempre maggiore utilizzo di *voucher* potrebbe infatti stimolare in qualche caso l'emersione di lavoro sommerso in alcuni settori (ad esempio in agricoltura o nel lavoro domestico), ma soprattutto potrebbe dare la possibilità ai lavoratori stranieri di disporre di una somma monetaria che permetta loro il rinnovo del permesso di soggiorno, cosa che prima della riforma non poteva essere fatta". In termini numerici i *voucher* venduti a lavoratori stranieri è stato di 1,6 milioni di unità nel 2011, aumentati nell'arco di un anno di oltre il 60%. Per ogni singolo lavoratore straniero sono stati acquistati mediamente 62,3 *voucher* nel 2011. Questo volume grosso modo corrisponde ad un compenso lordo per ciascun lavoratore di € 623 (un *voucher* vale € 10). A livello aggregato si tratta, nel solo 2011, di quasi 17 milioni di euro erogati agli stranieri per le loro prestazioni occasionali tramite il sistema dei buoni lavoro. Tale sistema è particolarmente diffuso tra le donne straniere, che rappresentano più della metà dei lavoratori stranieri che nel 2011 hanno utilizzato i buoni lavoro (52%). La

Se l'art. 70 è stato integralmente sostituito, gli interventi sulle altre disposizioni hanno carattere di puntualizzazione ma, almeno alcune di queste, chiariscono meglio alcuni aspetti della disciplina. In particolare viene chiarito che ad ogni buono corrisponde un'ora di lavoro¹⁴ e si pone fine così ad episodi, non isolati, di pagamento con un solo buono (oggi del valore di € 10 che al netto per il lavoratore corrispondono ad € 7,5) dell'intera prestazione giornaliera¹⁵. Meno chiaro il significato della integrazione della disposizione in tema di aggiornamento del valore nominale: si inserisce un non meglio precisato obbligo per l'amministrazione, alla quale è demandato l'aggiornamento sulla base dei criteri specificati dall'art. 72, comma 2, (*media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini a quelle di cui all'articolo 70, comma 1, nonché del costo di gestione del servizio*), di tenere conto "delle risultanze istruttorie del confronto con le parti sociali". Tale ultimo inciso, per come è formulato, appare particolarmente criptico e probabilmente richiederà quanto meno un chiarimento dell'Amministrazione in sede di emanazione dei decreti di attuazione.

È opportunamente prevista, poi, una disciplina transitoria che consentirà l'utilizzo, secondo la previgente disciplina, dei buoni per prestazioni di lavoro accessorio, di cui all'art. 72 d.lgs. n. 276/2003, già richiesti alla data di entrata in vigore della presente legge e comunque non oltre il 31 maggio 2013, tanto con riguardo ai profili soggettivi che a quelli oggettivi.

Di immediata applicazione, in ragione del sostanziale carattere interpretativo, si mostra la disposizione che consente di computare il reddito ai fini del rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno e quella che attribuisce al singolo *voucher* il valore di retribuzione di un'ora di lavoro. Inoltre, la data del 18 luglio 2012 rappresenta, ai sensi del novellato art. 72 cit., lo spartiacque per l'applicazione della nuova normativa in materia di buoni lavoro, da parte dei committenti e dei prestatori, non influendo, per il momento, su tutti gli aspetti procedurali e operativi di gestione di *voucher* già acquistati¹⁶.

regione che annovera il maggior numero di stranieri con lavoro accessorio è il Veneto che da solo raccoglie il 14,7% del totale, seguito da Lombardia (13,5%) e Piemonte (13,4%). Ma sono il Friuli Venezia Giulia e la Liguria le regioni in cui si annovera una maggiore presenza di stranieri in questo sistema: nella prima area il peso straniero è del 18,6%, nella seconda il 18,1%. Nel comparto agricolo viene fatto maggior utilizzo dei *voucher*, sia per quanto riguarda i lavoratori stranieri (20,2%) che gli italiani (27,5%). Ma è nel comparto del lavoro domestico che il peso degli stranieri si fa più evidente: oltre un lavoratore su due infatti è immigrato (56,1%), seguito dai lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione (19,9%).

¹⁴ All'art. 72, comma 1, dopo le parole "carnet di buoni" sono inserite quelle "orari, numerati progressivamente e datati".

¹⁵ Il 7% del valore nominale del compenso orario è versato a cura del concessionario all'Inail per fini assicurativi contro gli infortuni mentre, sempre sul valore nominale, il 13% è versato all'Inps, come contributo alla gestione separata ex art. 2, comma 26, l. 335/95. Inoltre, il concessionario trattiene il compenso previsto da un decreto ministeriale, al quale è demandata individuazione ed aggiornamento del valore dei buoni.

¹⁶ La l. n. 92 è in vigore dal 18 luglio 2012 e dunque per i buoni lavoro già in possesso dei committenti alla data del 17 luglio 2012 e per tutti quelli acquistati entro la medesima data, anche con riferimento a prestazioni in corso o da avviare, si continuerà ad applicare la normativa previgente fino al 31 maggio 2013. A tal proposito l'Inps ha diffuso istruzioni operative che prevedono che le sedi continueranno a distribuire *voucher* a disposizione anche per i periodi successivi a tale data, dal momento che l'adeguamento dei buoni lavoro alle nuove caratteristiche previste, avverrà solo dopo l'emanazione del decreto ministeriale. Con riferimento all'espressione "già richiesti" - utilizzata dal legislatore in considerazione del fatto che la possibilità di una richiesta precedente all'acquisto tecnicamente si verifica solo per i buoni cartacei distribuiti dall'Inps e non per tutte le tipologie di *voucher* - si è ritenuto che il termine "richiesti" per questi vada inteso come prenotati in modo certo, attestato dal versamento del relativo importo. Negli altri canali di distribuzione, il termine "già richiesti" deve ovviamente intendersi come "acquistati", alla data del 17 luglio 2012.

4. Il contratto di lavoro intermittente o “*job on call*”

Si definisce “lavoro intermittente o discontinuo” ovvero, ancora, con un anglicismo *Job on call*, quella particolare tipologia di rapporto di lavoro subordinato, a tempo determinato o indeterminato, che si caratterizza per la modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. Questa viene resa per periodi anche di durata significativa, ma è caratterizzata da discontinuità o intermittenza. In sostanza nel corso della prestazione devono esservi più interruzioni, in modo che non vi sia esatta coincidenza tra la durata del contratto e quella della prestazione¹⁷. Si tratta, nella sostanza, di rapporti di lavoro subordinato in relazione ai quali la prestazione è resa, meglio, richiesta, in maniera discontinua o saltuaria, secondo esigenze la cui individuazione è demandata ai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale. Più in particolare ne sono previste due forme che si differenziano in relazione alla scelta del lavoratore di vincolarsi o meno alla chiamata del datore di lavoro: nel primo caso il datore sarà tenuto a corrispondere la indennità di disponibilità prevista dall’art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276; nel secondo caso, no.

Nella prima formulazione della disciplina del contratto questo poteva essere utilizzato oltre che in tutti i casi previsti dalla contrattazione collettiva, anche, ed in via generale, in periodi predeterminati della settimana del mese e dell’anno. L’ultimo periodo dell’art. 34 l. n. 276 richiamava, infatti, il successivo art. 37 il quale, pur facendo salva la possibilità per la contrattazione collettiva di individuare nuovi ed ulteriori periodi dell’anno predefiniti in cui il lavoro intermittente era autorizzato, tuttavia, prevedeva che il datore di lavoro potesse avvalersi di tale tipologia contrattuale sempre e comunque durante i *week-end*, le ferie estive, le vacanze natalizie o pasquali. Il richiamo operato dall’art. 34 all’art. 37 e l’art. 37 stesso sono stati soppressi dall’art. 1, comma 21, l. n. 92/2012 a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge stessa, ossia dal 18 luglio 2012. Da questa data, pertanto, la individuazione dei casi in cui è possibile ricorrere a questa tipologia contrattuale è riservata in via esclusiva alle “associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative” ed il ricorso al lavoro intermittente, *ex art. 34*, commi 1 e 2, Legge Biagi, non è più autorizzato, in via generale, durante i *week-end*, le ferie estive, le vacanze natalizie o pasquali. Premesso che i contratti già stipulati prima dell’entrata in vigore della Legge Fornero (secondo le causali previgenti e non più compatibili con il nuovo assetto normativo) continueranno ad avere efficacia fino al 18 luglio 2013 (art. 34, comma 3), coerentemente con le premesse della stessa

¹⁷ Il d.lgs. n. 276/2003 disciplina il lavoro intermittente agli artt. 33-40. L’art 34 che si occupa dei casi di ricorso al lavoro intermittente, prima dell’entrata in vigore della l. n. 92, così recitava: “1. Il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero per periodi predeterminati nell’arco della settimana, del mese o dell’anno ai sensi dell’articolo 37. 2. Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni di età, anche pensionati.”.

legge, che riconosce prevalenza al contratto a tempo indeterminato (art. 1, comma 1, lett. a) si deve ritenere che ove successivamente al 1 luglio 2012 vengano stipulati contratti di lavoro intermittente in violazione dei divieti contenuti nella legge i rapporti di lavoro si dovranno ritenere a tempo pieno ed indeterminato¹⁸. Rimane ferma la possibilità che, in sede di contrattazione collettiva, le parti sociali si accordino per la reintroduzione della possibilità di avvalersi di *job on call* in questi particolari archi temporali¹⁹. L'abrogazione, infatti, pur eliminando un criterio di riferimento in via generale disciplinato per legge, certo non introduce un nuovo limite. Ne consegue che le associazioni datoriali e dei lavoratori legittimate per legge - in quanto comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale - ben potranno individuare periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno che coincidano, eventualmente (e probabilmente) con *week-end*, ferie estive, vacanze natalizie o pasquali. Immutati, invece, ed opportunamente, permangono i divieti già previsti dalla l. n. 276/2003, che rispondono in via generale a criteri di correttezza nella esecuzione del rapporto e sono posti a garanzia di diritti di rilevanza anche costituzionale quale, tra gli altri, l'esercizio del diritto di sciopero (art. 40 Cost.): il comma 3 dell'art. 34, infatti, è rimasto invariato e ne consegue che ancora oggi il lavoro intermittente non è possibile per sostituire lavoratori in sciopero; presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi, sospensione dei rapporti o riduzione dell'orario con diritto al trattamento di integrazione salariale, per lavoratori adibiti alle medesime mansioni fatta salva una diversa disposizione degli accordi sindacali; nel caso di aziende che non abbiano messo "in sicurezza" l'ambiente di lavoro.

Tra le altre novità introdotte dalla Legge Fornero vi è l'incremento della platea dei possibili destinatari di rapporti di lavoro intermittente. Se in base alla dizione originale dell'art. 34 comma 2, "il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero con lavoratori con più di quarantacinque anni di età, anche pensionati", la modifica allarga la finestra in cui la conclusione del contratto è vincolata dalla esistenza degli accordi in sede collettiva ed innalza il limite di età a cinquantacinque anni, precisando che, all'altro estremo, il contraente lavoratore al momento della conclusione del contratto deve avere "meno di ventiquattro anni" e comunque la prestazione deve "essere svolta entro il venticinquesimo anno di età". Si tratta sostanzialmente di una rifinitura della precedente formulazione.

¹⁸ Fermo il vaglio della questione da parte della giurisprudenza quando avrà occasione di pronunciarsi, si richiamano in questa direzione le circolari del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 18 luglio 2012 e del 1° agosto 2012 già citate e la recentissima circolare Inail 27 novembre 2012 n. 64, che affronta l'impatto della Legge Fornero sul lavoro intermittente con specifico riferimento agli aspetti retributivi, contributivi ed alle prestazioni. Secondo la lettura data dall'Inail l'abrogazione dell'art. 37 d.lgs. n. 276 comporta quale conseguenza che la indennità di disponibilità debba essere in ogni caso corrisposta durante i *week end*, le festività natalizie e pasquali e nelle ferie estive, a prescindere dalla effettiva chiamata del datore di lavoro, e dunque su tale indennità dovranno essere versati all'Istituto i premi assicurativi. Sul punto si veda anche la Circolare Inail 27 marzo 2012 n. 16.

¹⁹ Dal testo dell'art. 34 comma 2 è stata espunta solo il richiamo all'art. 37 ma è restata ferma la dicitura "nell'arco della settimana, del mese o dell'anno".

Da un canto, prende atto di una mutata situazione economico sociale e valorizza la posizione dei lavoratori che, anche alla luce delle riforme sopravvenute, vedono allontanarsi il momento in cui potranno conseguire la pensione e, per altro verso e con maggiore frequenza, sono destinatari di procedure di riduzione di personale con importanti difficoltà di ricollocarsi nel mercato ordinario del lavoro. Dall'altro, chiarisce inequivocabilmente i tempi di durata di questi particolari rapporti nei riguardi di giovani che invece si affacciano al mercato del lavoro e meritano una prospettiva di inserimento stabile e duraturo²⁰.

Poiché la dicitura "anche pensionati" contenuta nella precedente versione non viene reiterata e la premessa della modifica precisa chiaramente che la nuova norma sostituisce integralmente la precedente²¹, si deve ritenere che l'ultracinquantacinquenne che benefici della pensione non potrà essere ammesso "in ogni caso" alla stipula di un contratto intermittente bensì solo nelle ipotesi previste dalla contrattazione collettiva.

Un'altra delle novità importanti introdotte dalla riforma riguarda gli obblighi di comunicazione e le sanzioni in caso di loro inosservanza. Si tratta di un regime che caratterizza anche altre tipologie contrattuali che attuano la flessibilità in entrata, oltre che quelle che ne favoriscono lo svolgimento con modalità flessibili. Ne discende l'obbligo di comunicare alla Direzione Territoriale del Lavoro competente la durata della singola prestazione ovvero di un ciclo di prestazioni (non superiore a trenta giorni), sanzionato in via amministrativa in caso di omissione con un'ammenda.

Tale comunicazione, che può essere effettuata anche via s.m.s., e-mail o fax²², deve essere tuttavia eseguita prima dell'inizio della prestazione e può avvenire anche il giorno dell'inizio della stessa, ma deve essere realizzata comunque in data ad essa antecedente²³. La norma rimette ad un regolamento, da adottarsi a cura del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro per la Pubblica Amministrazione, la individuazione di ulteriori modalità anche di esecuzione della comunicazione, rese possibili dallo sviluppo delle tecnologia.

²⁰ Non a caso l'art. 1, comma 1, lett. a), della riforma pone tra gli obiettivi della legge stessa di favorire "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".

²¹ Il comma 2 è sostituito dal seguente: "2. Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con più di cinquantacinque anni di età e con soggetti con meno di ventiquattro anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età."

²² Prima dell'entrata in vigore della l. 92/2012 il datore di lavoro doveva ex art. 35, comma 3, l. 276, con cadenza annuale, informare le rappresentanze sindacali aziendali circa l'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente, salva la possibilità di regimi più favorevoli concordati in sede di contrattazione.

²³ Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (Direzione generale per l'Attività Ispettiva), nel fornire istruzioni operative in tema di lavoro intermittente, a seguito delle novità introdotte in materia, con la Circolare n. 20 del 1° agosto 2012 ha, tra l'altro, precisato che "Tale comunicazione, anche se effettuata lo stesso giorno in cui viene resa la prestazione lavorativa, deve intervenire prima dell'inizio della prestazione stessa e potrà essere modificata o annullata".

La natura sostanziale delle modifiche apportate al contratto intermittente hanno determinato il legislatore a disciplinare la fase di passaggio dall'una all'altra disciplina. L'art. 1, comma 22, Legge Fornero prevede, infatti, che i contratti di lavoro intermittente già sottoscritti alla data del 18 luglio 2012, incompatibili con le modifiche introdotte dal comma 21 della stessa legge, cessino di produrre i loro effetti con il decorso di dodici mesi dalla citata data di entrata in vigore della legge.

5 Considerazioni conclusive

Dal breve *excursus* compiuto non è possibile sin da ora trarre giudizi definitivi sull'intervento legislativo in questo limitato settore, per così dire "di nicchia", nell'ambito dell'ampia riforma del sistema introdotta con la legge di riforma con riguardo alla flessibilità in entrata. Un dato è certo: quanto meno per queste figure contrattuali, viene delegata alle parti sociali una disciplina che è tutt'altro che di dettaglio con riguardo all'impatto sulla quotidianità del lavoro, in particolare con riferimento al lavoro *part time*.

Quel che appare evidente è che hanno trovato rinnovata attenzione, da un canto, il proposito di far emergere il lavoro nero e, dall'altro, la esigenza di assicurare dosi di maggiore flessibilità sia per la parte datoriale sia per i prestatori di lavoro e che un primo bilancio non potrà essere tratto che all'esito di un monitoraggio dell'applicazione e del funzionamento di questi istituti che, in parte previsto dalla legge, dovrà interessare anche il mondo della ricerca in campo giuridico, economico e sociale²⁴.

²⁴ Interesse già consistente come dimostrano gli studi che si susseguono in tutti i campi: v., ad es., R. Voza, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*; C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*; V. Nuzzo, *Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle Information communication technology?*, tutti reperibili in *www.lex.unict.it.*, rispettivamente nn. 75/2005, 123/2011 e 31/2005 WP Massimo D'Antona. V. anche L. Nogler, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 450. Una riflessione meritano anche i risultati dello studio di A. Mapelli, S. Cuomo, *La flessibilità paga. Perché misurare i risultati e non il tempo*, che pubblica i risultati dell'Osservatorio sul *Diversity Management* della SDA Bocconi, dal quale emerge la necessità che "vengano superate alcune idee radicate e poco 'flessibili' che relegano lo stesso concetto ad uno strumento di taglio dei costi". Flessibilità come mezzo per incrementare le *performance* non soltanto economiche, ma anche sociali, contribuendo a migliorare la qualità della vita".

IL LAVORO NON SUBORDINATO: CONTRATTO A PROGETTO

di Graziella Mascarello

1. Cenni alle reazioni della dottrina / 2. La portata dell'intervento riformatore nell'individuazione del "progetto" / 3. La disciplina sanzionatoria / 4. La determinazione del compenso e le nuove aliquote contributive / 5. Il recesso / 6. Conclusioni.

1. Cenni alle reazioni della dottrina.

Anche dopo la revisione¹ della normativa in materia di lavoro autonomo attuata dalla legge n. 92/2012, il lavoro a progetto continua ad essere, nel settore privato, la forma di collaborazione coordinata e continuativa legislativamente privilegiata, in linea con le ragioni che hanno determinato la sua introduzione nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. n. 276/2003, allo specifico fine - come risulta dalla relazione di accompagnamento al decreto - di contrastare il ricorso improprio a tali fattispecie, a copertura di rapporti in realtà di natura subordinata.

Proprio al consolidamento, se non già rafforzamento, del ruolo² fin dall'origine

¹ Sulla portata di detta revisione e dei suoi risultati sono stati espressi in dottrina pareri antitetici. P. Ichino - pur rilevando che a seguito del confronto con le parti sociali il progetto di riforma elaborato dal Governo ha subito un profondo mutamento di contenuto, con conseguente "riduzione di incisività" - ha sostenuto l'idoneità, ciononostante, del risultato "a conseguire lo scopo perseguito dal Governo", sottolineando a tal fine "il fatto che per la prima volta da quarant'anni viene messa in cantiere una riforma che non opera soltanto 'al margine', cioè non investe soltanto il lavoro periferico, ma punta al nucleo centrale del diritto del lavoro, proponendosi di spostare l'equilibrio centrale della disciplina" (relazione tenuta al convegno organizzato dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro 'Domenico Napoletano' - Pescara, 11 maggio 2012, su *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*). Di diverso avviso è, invece, T. Treu che attribuisce la maggior articolazione ed oscillazione degli "interventi normativi sulle varie forme di lavoro autonomo", rispetto alla univocità invece delle modifiche apportate al contratto a termine, anche e soprattutto al "fatto che il legislatore ha seguito 'le orme' della normativa preesistente, intervenendo con correzioni specifiche sui tre tipi, del lavoro a progetto, delle c.d. partite IVA e dell'associazione in partecipazione, invece di procedere a una revisione complessiva su basi nuove della disciplina del lavoro autonomo ed eventualmente associato" (*Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in corso di pubblicazione su *Dir. Lav. rel. Ind.* n.1/2013, già reperibile in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT, 155/2012).

² Per quanto vi sia chi ha sostenuto, con un discreto seguito, che "il legislatore delegato non ha .. provveduto a tipizzare una nuova figura contrattuale (il contratto di lavoro a progetto), ma molto più semplicemente a definire una modalità peculiare - quella appunto 'a progetto' - di svolgimento di una serie di rapporti eterogenei aventi comunque ad oggetto prestazioni di lavoro a carattere prevalentemente personale, rese in forma coordinata e continuativa ancorché senza vincolo di subordinazione", vale a dire prestazioni che "d'ora in poi dovranno necessariamente caratterizzarsi, oltre che per i requisiti di cui all'art. 409, n. 3 del Codice di Procedura Civile, anche per la particolare modalità di utilizzazione della prestazione di lavoro

assegnato, in vista di tale obiettivo, al lavoro a progetto sono anzi mirate, nell'intenzione del legislatore, le novità da ultimo apportate alla precedente disciplina.

Sulle conseguenze e - a monte - sull'utilità o opportunità degli interventi effettuati su una normativa già caratterizzata da "robuste barriere di tipo definitorio e sanzionatorio"³ la dottrina si è divisa, come già si era divisa nella valutazione della bontà o meno del modello originario.

Alcuni commentatori, partendo dall'affermazione di una sostanziale conformità delle principali modifiche apportate alla nozione e disciplina del lavoro a progetto all'interpretazione già data delle pregresse previsioni dalla quantomeno prevalente giurisprudenza, le ritengono di fatto superflue⁴. Altri operano, invece, dei distinguo, ritenendone opportune alcune ed inutili (o quantomeno sovrabbondanti) le rimanenti⁵. Altri ancora ritengono che "gli interventi della riforma del lavoro del Governo Monti" in materia di lavoro autonomo, ivi compresi quelli riferiti al lavoro a progetto, siano "tutti orientati in senso restrittivo" e perseguano "l'evidente obiettivo di indurre il mercato ad un maggiore utilizzo del contratto di lavoro subordinato"⁶.

attraverso la realizzazione di un progetto, di un programma di lavoro o di una fase di esso" (M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, reperibile in www.csmbunimore.it), del ben diverso ruolo attribuito al lavoro a progetto già dal d.lgs. n. 276/2003 ha dato espressamente e limpidamente conto la Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 399/2008 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), dove, dopo una sintetica esposizione degli estremi della nuova fattispecie, si evidenzia che "La novità così introdotta a regime dal d. lgs. n. 276 del 2003 è quella di vietare rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che, pur avendo ad oggetto genuine prestazioni di lavoro autonomo, non siano però riconducibili ad un progetto".

³ M. Tiraboschi, *La riforma Biagi del mercato del lavoro - Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 87; il saggio introduttivo, *Il lavoro a progetto: profili teorico ricostruttivi*, è reperibile in www.csmb.unimore.it.

⁴ M. Magnani, che nell'intervento tenuto, prima dell'approvazione della legge, nel corso del seminario su 'La riforma del mercato del lavoro', Università Roma Tre, 13 aprile 2012 ha sostenuto che "nel d.d.l. n. 3249 viene proposta una manutenzione della normativa che tiene conto dell'*acquis* giurisprudenziale, con qualche elemento innovativo di carattere restrittivo (ad es. la presunzione relativa di subordinazione quando l'attività svolta dal collaboratore a progetto sia analoga a quella svolta nell'ambito dell'impresa committente da lavoratori dipendenti, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità)", chiedendosi se si trattasse di "una manutenzione necessaria a fronte del reale funzionamento della giurisprudenza", a maggior ragione "quando, proprio al fine di prevenire gli abusi, si assoggetta ad un inasprimento contributivo la figura, che porta la contribuzione vicina a quella dei lavoratori dipendenti" (*La riforma del mercato del lavoro*, in www.csdle.lexunict.it).

⁵ In tale posizione intermedia si colloca la valutazione di T. Treu, *op. cit.*, p. 40-41, che ritiene opportuno il riferimento oggi operato solo a 'progetti specifici', con eliminazione della "formula 'programmi o fasi di lavoro' già oggetto di critiche argomentate"; "meno significativa", invece, "la precisazione che il progetto deve essere funzionalmente collegato a un risultato finale, in quanto il risultato si può identificare con la realizzazione del progetto (se questo è effettivo)" e "poco più che una tautologia" "l'ulteriore indicazione che il progetto non può consistere in una riproposizione dell'oggetto sociale del committente", dal momento che "un progetto specifico non può limitarsi alla mera riproposizione di un oggetto sociale, anche se può essere correlato con l'attività dell'azienda committente e anzi è normale che sia così", come già "si era espressa a suo tempo sia la giurisprudenza sia una circolare ministeriale (n. 17/2006)".

⁶ M. Marazza che, con specifico riferimento al contratto di lavoro a progetto, rileva, con accenti critici, che "le contestuali modifiche sulla fattispecie (progetto) e sugli effetti (compenso minimo garantito) rappresentano un forte e generalizzato deterrente all'utilizzo dello strumento contrattuale" (*Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, in corso di pubblicazione su *Arg. dir. lav.*, n. 4-5/2012, già reperibile in www.csdle.lexunict.it). Ad una ancor più radicale conclusione approda F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, intervento al seminario su 'La riforma del mercato del lavoro', Università Roma Tre, 13 aprile 2012, in www.csdle.lexunict.it, che, coinvolgendo anche le modifiche riferite al lavoro a progetto nelle aspre censure mosse all'intera riforma (allora ancora *in fieri*), imputa loro la responsabilità di "rendere il regolamento dettato dal d.lgs. n. 276/2003 talmente stretto da far ritenere essere il vero scopo perseguito quello di un suo lento ma inarrestabile deperimento".

All'infuori di poche eccezioni⁷, la dottrina, per lo più già critica o quantomeno perplessa rispetto alla effettiva idoneità della normativa di partenza al raggiungimento dei suoi dichiarati scopi⁸, non ha comunque accolto con grande favore neppure le sue modifiche, criticandole in parte o in tutto, in termini ora più morbidi ora più radicali⁹, non di rado peraltro per ragioni diverse, se non già opposte.

La somma delle modifiche confluite nel nuovo testo del primo comma dell'art. 61 d.lgs. n. 276 - da un lato - e delle disposizioni del comma 24 dell'art. 1 l. n. 92/2012 - dall'altro lato - ha anzi sia allargato la schiera dei dissenzienti, in particolare nell'area di chi interpretava la presunzione di cui all'art. 69, comma 1, del decreto come relativa¹⁰, sia accentuato il dissenso di chi anche in precedenza l'aveva interpretata come assoluta.

Il panorama delle prese di posizione che, con valutazioni per lo più estese anche al *de iure condendo*, hanno dapprima accompagnato la sua fase di gestazione e poi accolto il risultato cui è approdata la riforma rispetto alla fattispecie-cardine della normativa sul lavoro autonomo è, in ogni caso, talmente vasto ed articolato da non poter essere qui richiamato che per sommi capi.

L'esame delle nuove disposizioni offrirà l'occasione di operare, in aggiunta ai richiami alla giurisprudenza (allo stato solo di merito) riferita alla precedente versione, ulteriori richiami alle opinioni della dottrina. Nell'uno e nell'altro caso con la consapevolezza di un inventario di massima, tutt'altro che esaustivo.

2. La portata dell'intervento riformatore nell'individuazione del "progetto".

Le previsioni del nuovo testo dell'art. 61, primo comma, D.Lgs. n. 276/2003 danno prova dell'attenzione prestata dal legislatore ai numerosi interrogativi ed

⁷ Una valutazione vicina a quella (già richiamata *sub* nota 1) di P. Ichino caratterizza il positivo commento di M. Leonardi e M. Pallini sia sulla riforma nel suo complesso sia sugli interventi che hanno a specifico oggetto il lavoro a progetto, attribuendo, in particolare, alla previsione di una "serie di meccanismi di presunzione" il merito di avere non solo realizzato "un sistema di repressione degli abusi", ma anche di avere introdotto "una nuova e più chiara ripartizione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo in coerenza con le indicazioni della Corte di Giustizia europea che li distingue non in relazione al tipo di vincolo rispetto al committente (se subordinazione o coordinamento), ma rispetto alla loro posizione sul mercato, identificando sostanzialmente il lavoratore autonomo con una 'impresa individuale' capace di vendere a terzi un bene o un servizio (anche professionale o consulenziale)" (*La riforma Fornero osservata senza pregiudizi*, in *www.pietroichino.it*);

⁸ In tale area rientrano anche coloro che, nel vivace dibattito che ha preceduto la riforma Biagi, avevano sostenuto la opportunità di imboccare la diversa strada della neutralizzazione della dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo o attraverso la introduzione di un *tertium genus* o attraverso la codificazione di uno "Statuto dei lavori"; per un quadro delle proposte avanzate in tal senso si veda M. Tiraboschi (*Quale regolamentazione per le collaborazioni coordinate e continuative*, in *Guida Lav.*, 2001, n. 9);

⁹ Tra i più aspri oppositori della originaria versione e, ancor più, della nuova versione della normativa sul lavoro a progetto indubbiamente primeggia A. Vallebona. Le sue censure percorrono tutte le misure in tesi adottate al fine di ovviare al "pericolo di un abuso del lavoro parasubordinato come via di fuga dalle tutele del lavoro subordinato", ritenendo già in contrasto con gli artt. 3, 4, 35 e 41 le originarie previsioni del primo comma dell'art. 61 d.lgs. n. 276/2003 e, a maggior ragione, le disposizioni di cui al comma 1 del successivo art. 69, che egli legge fin dall'origine come fonte di presunzione assoluta (*Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, quinta edizione, Cedam, Padova).

¹⁰ Tra questi M. Tiraboschi, *Una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul ddl 3249/2012*, in *Adapt Press*, aprile 2012, già favorevole alla riforma Biagi, che contesta invece la bontà della riforma Monti/Fornero, ritenendola concettualmente sbagliata perché pretende di ingabbiare con norme inderogabili la crescente varietà dei lavori nel tipo unico del lavoro subordinato.

incertezze interpretative che, generati dalla sua precedente formulazione, hanno messo a rischio, insieme alla lettura ora come assoluta ora come relativa della presunzione di cui al successivo art. 69, primo comma, l'incisività antielusiva del modello introdotto dal decreto per le collaborazioni coordinate e continuative¹¹.

Le numerose sentenze riferite al 'vecchio' testo evidenziano le frequenti distorsioni che hanno accompagnato l'utilizzazione della innovativa fattispecie introdotta dal legislatore del 2003, non di rado sol funzionale – né più né meno di quanto già accadeva con la 'classica' collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. – al camuffamento di rapporti di lavoro di natura subordinata.

Esse forniscono, però, anche preziose indicazioni sulle ragioni che, a prescindere dalla buona o mala fede, possono avere favorito una sua applicazione pratica non conforme, se non già alla stretta lettera della legge, al significato suggerito dalle sue finalità.

Le controversie decise offrono, infatti, esempi assai diversificati dell'interpretazione data (laddove data) dai committenti ai canoni del lavoro a progetto, tracciando un quadro in cui convivono, a fianco di casi nei quali la difformità dal tipo legale era di plateale evidenza (o perché mancava qualsivoglia progetto o perché esso si esauriva in una "formula indeterminata" e/o assolutamente generica) o comunque di agevole rilievo (stante la mera elencazione di mansioni, per di più spesso rientranti nell'area di specifica attività del committente), anche casi in cui la decisione ha comportato valutazioni più raffinate e la necessità, talvolta, di operare una selezione tra significati eventualmente diversi della norma o di sue parti, ciascuno in sé plausibile, ma tra loro disarmonici.

Tra i molti problemi interpretativi che la magistratura del lavoro ha dovuto affrontare uno dei più complessi, anche per le ricadute sostanziali della scelta dell'una o dell'altra lettura, è indubbiamente stato quello creato dal riferimento operato dalla norma, in alternativa ad *"uno o più progetti"*, anche ai *"programmi di lavoro o fasi di esso"*.

Sul significato e, ancor più, sulla portata di tali rinvii tra loro alternativi si sono registrate differenti prese di posizione in dottrina, con echi anche nell'interpretazione giurisprudenziale, a partire da chi, contestando l'utilizzazione di una terminologia propria del linguaggio comune, priva di un diretto riscontro nel lessico giuridico, ha ritenuto addirittura inintelligibile l'indicazione legislativa¹² fino a chi ha ritenuto di poter ricondurre ad un'unica

¹¹ M. Luzzana, F. Colli, *Il lavoro a progetto: spunti di comparazione con le discipline in Europa*, in *www.bollettinoadapt.it*, n. 6/2012, secondo cui "i dubbi interpretativi suscitati dagli articoli 61 e seguenti del D.Lgs. n. 276, tra cui in primis quello relativo all'art. 69, hanno condizionato negativamente", fin dall'esordio dell'istituto, "proprio la certezza della disciplina, frustrando uno degli obiettivi della riforma".

¹² V. in tal senso Mezzocapo, *La fattispecie lavoro a progetto*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2005, p. 393, e M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al titolo VII del d.lgs. n. 276/2003 in AA.VV., Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna 2004, che, riferendosi tanto al progetto quanto ai programmi di lavoro o fasi di esso, considera inutile ogni sforzo esegetico, stante la vaghezza "semantica del linguaggio usato". A tale (sconfortante) valutazione fa riferimento, condividendola e recependola in motivazione Trib. Bologna n. 18 del 2007.

nozione i tre termini, parlando di endiadi o di sinonimi¹³.

Per quanto, però, definizioni indubbiamente a-tecniche progetto/ programma di lavoro/fasi di esso non solo richiamano concetti tutt'altro che equivalenti o anche solo assimilabili¹⁴, ma sono anche separati da una disgiunzione e non da una congiunzione, talché il tentativo di ignorare o, comunque, superare a monte la loro sostanziale diversità non ha avuto grande seguito.

La triplicazione del requisito cui, nella originaria formulazione della norma, dovevano essere “*riconducibili*” le collaborazioni coordinate e continuative *ex art.* 409, n. 3, cit. ha di fatto dato luogo a due opposti schieramenti in cui, pur con le differenze esistenti anche al loro interno quanto a ragioni poste a fondamento della rispettiva scelta, si sono in buona sostanza raggruppati, da una parte, i sostenitori di un'interpretazione che, rigorosamente circoscritta al dato letterale (e, in particolare, all'equivalenza stabilita tra progetto/programma/fasi) giustificava l'utilizzabilità del lavoro a progetto anche per la realizzazione di *opera* o servizi e, dall'altra parte, i sostenitori di un'interpretazione che, estesa anche agli ulteriori messaggi provenienti dallo stesso primo comma dell'art. 61 (e, in particolare, al riferimento anche allora già operato al risultato, per quanto in posizione decentrata rispetto all'attuale), la limitava invece al solo conseguimento di un *opus*.

Il legislatore del 2012 ha opportunamente posto fine all'ambiguità creata da indicazioni di difficile conciliabilità, optando tra le due per l'interpretazione che, limitandola al solo conseguimento di un *opus*, più ostacola la possibilità di avvalersene, come spesso è accaduto¹⁵, per l'acquisizione di prestazioni equivalenti a quelle usualmente fornite dai lavoratori subordinati.

Tale scelta è stata innanzi tutto attuata attraverso la soppressione del precedente riferimento anche ai “*programmi di lavoro o fasi di esso*”¹⁶, cui ha fatto coerentemente seguito il primario rilievo attribuito al risultato.

Come si è già anticipato, il riferimento al risultato non mancava neppure nel testo originario, dove – però – esso veniva richiamato non in diretta relazione con il progetto, ma solo come obiettivo al quale il collaboratore avrebbe dovuto conformare la gestione autonoma del progetto (e allora anche del programma di

¹³ V. Trib. Genova 7 aprile 2006, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 241. Di sinonimi parla, invece, G. Proia entrando, però, come ritiene M. Marazza (*op. loc. cit.*, nota 25), in contraddizione con se stesso nel momento in cui sostiene che il contratto a progetto può riferirsi anche ad obbligazioni di mezzi e non solo di risultato.

¹⁴ M. Miscione, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. Giur.*, n. 9/2003, ne offre una condivisibile definizione ritenendo che il progetto è indicativo di “un'ideazione accompagnata da uno studio di attuazione”, mentre il programma di lavoro (eventualmente segmentato in fasi di minor ampiezza) è “un'enunciazione particolareggiata di ciò si vuol fare per realizzare l'ideazione”.

¹⁵ Numerosissime sono le sentenze che hanno accertato la prassi di ‘incarichi’ che, formalmente ‘ricondotti’ ad un progetto o programma o fasi, si risolvevano di fatto nella messa a disposizione da parte del collaboratore di mere energie lavorative, di cui il committente si avvaleva per far fronte alle (variabili) esigenze produttive dell'ordinaria attività aziendale. Tra le più recenti, di particolare interesse è App. Firenze 14 novembre 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 105, con nota di I. Romoli, *Rapporto di lavoro a progetto e riforma Biagi: ancora sulla presunzione legale di subordinazione e trasformazione del rapporto*, che riguarda una ipotesi di cd. ‘lavoro in fabbrica’, rispetto al quale è stata ritenuta operante una presunzione di dipendenza *ex art.* 2094 c.c. (Cass. n. 18692/2007; Cass. n. 21028/2006; Cass. n. 417/2006) in considerazione della adibizione del collaboratore, all'interno appunto dell'azienda, a mansioni normalmente svolte in regime di subordinazione.

¹⁶ Anche i riferimenti operati “ai programmi di lavoro o fasi di esso” nel comma 1 dell'art. 67, nonché nel comma 1 dell'art. 68 e nei commi 1 e 3 dell'art. 69 sono stati soppressi, il primo dalla lett. d) e gli altri due dalla lett. f) sempre dall'art. 1, comma 23, l. n. 92/2012.

lavoro o sue fasi) determinato dal committente.

L'attuale formulazione ("*Il progetto deve essere funzionalmente collegato ad un determinato risultato*"), a cui fa eco anche la modifica apportata alla lett. b) del primo comma dell'art. 62 ("*descrizione del progetto, con individuazione del suo contenuto caratterizzante e del risultato finale che si intende conseguire*"), non solo eleva il risultato e la sua precisa individuazione fin dall'origine a elemento costitutivo dello stesso progetto, ma anche chiarisce, al di là di ogni possibile dubbio, che il conseguimento di un dato risultato (e non le prestazioni di lavoro in sé e, tantomeno, la loro modalità di esecuzione) deve rappresentare il vero ed unico interesse del committente alla stipulazione di un contratto di lavoro a progetto.

Alle modifiche riferite alla struttura della fattispecie sono poi stati affiancati due divieti che ne restringono l'area di applicazione.

Il primo stabilisce che "*il progetto non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale*", senza molto aggiungere, per la verità, non solo alle conclusioni, pressoché univoche, cui era già da tempo approdata la giurisprudenza¹⁷, ma neppure alle indicazioni già date in tal senso dalla pur 'prudente' circolare ministeriale n. 1/2004¹⁸, in seguito meglio specificate dalla circolare ministeriale n. 17/2006¹⁹.

L'esclusivo e laconico riferimento operato allo 'oggetto sociale' non lascia, d'altra parte, molto spazio alla possibilità di attribuirgli altri significati ed, in particolare, di ipotizzare che l'introduzione di detto divieto possa essere stata in qualche modo stimolata dagli interrogativi, pur circolati in dottrina, quanto a temporaneità o meno delle esigenze che potrebbero essere legittimamente soddisfatte attraverso il ricorso al lavoro a progetto. La risposta positiva data da alcuni commentatori²⁰ non ha avuto significative ricadute nelle sentenze, dove solo raramente tale problematica è stata affrontata e ritenuta decisiva o solo sfiorata e ritenuta non decisiva.

Lo sfoltimento, a seguito delle modifiche apportate al comma 1 dell'art. 61, delle questioni che hanno finora assorbito gran parte del contenzioso in tema di lavoro a progetto incrementerà verosimilmente le occasioni e la necessità per i giudici del lavoro di pronunciarsi sull'essenzialità o irrilevanza per l'instaurazione di un

¹⁷ V. da ultimo App. Firenze 17 gennaio 2012, inedita allo stato, dove si chiarisce che il progetto, pur potendo rientrare nel normale ciclo produttivo, non si deve confondere con l'attività principale dell'azienda, anche se "con essa necessariamente si coordina come suo aspetto specifico o particolare o ad essa apporta un *quid pluris* connesso alla professionalità del collaboratore".

¹⁸ "Il progetto può essere connesso all'attività principale o accessoria dell'azienda".

¹⁹ "Le collaborazioni ..., pur potendo essere connesse all'attività principale o accessoria dell'azienda - come specificato dalla circolare 1 dell'8 gennaio 2004 - non possono totalmente coincidere con la stessa o ad essa sovrapporsi".

²⁰ P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi, subordinazione e dipendenza nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 131, che già con riferimento alla riforma Biagi ha messo in rilievo che il progetto ha strutturalmente la funzione di rispondere ad un interesse 'temporaneo' del committente; M. Magnani, Spataro, *Il lavoro a progetto*, in *www.lex.unict.it.*; R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro subordinato al lavoro a progetto*, in *www.lex.unict.it.*; S. Brun, *Primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a progetto: prevale la linea 'morbida'*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 330, ha apprezzato "la teoria che assegna alla temporaneità dell'esigenza soddisfatta dalla prestazione di lavoro dedotta nel contratto di lavoro a progetto l'elemento dirimente per appurare la reale riconducibilità della prima nel secondo" come la "più condivisibile da un punto di vista giuridico e la più opportuna ai fini della trasposizione applicativa dell'istituto".

valido rapporto di lavoro a progetto del requisito della temporaneità, con il conseguente rischio o beneficio, a seconda che si ritenga tale eventualità negativa o positiva, di un'ulteriore restrizione del suo effettivo campo d'azione.

Il secondo divieto stabilisce che *“il progetto non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*.

Difficile è capire le ragioni che possono aver indotto il legislatore ad introdurre questo divieto proprio in concomitanza con l'eliminazione del riferimento ai programmi di lavoro o sue fasi e con la sostanziale identificazione dello specifico progetto con un risultato predeterminato.

Se, infatti, per le collaborazioni coordinate e continuative ancora riferibili, in buona sostanza, a meri piani o sub-piani di lavoro aumentava a dismisura, nel caso in cui esse avessero ad oggetto prestazioni meramente esecutive o ripetitive, il rischio di una utilizzazione del contratto a progetto come mero strumento di reperimento di manodopera da inserire nel normale ciclo produttivo aziendale, la loro limitazione ai soli progetti, per di più funzionali al conseguimento di uno specifico risultato, dovrebbe già da sola essere in grado di riportare anche per simili prestazioni la percentuale di rischio ad un livello analogo o sol di poco inferiore a quella delle prestazioni più qualificate²¹.

Non è, perciò, del tutto azzardata l'ipotesi che, più che da scopi antielusivi, anche la sua previsione faccia parte di un piano più vasto di riduzione dell'area di applicazione del lavoro a progetto.

Quale che sia, in ogni caso, la *ratio* del divieto, che per la prima volta supera *“il consolidato principio secondo cui qualsiasi attività lavorativa economicamente valutabile”* può *“essere dedotta in un contratto di lavoro subordinato o autonomo a seconda delle modalità di svolgimento della prestazione”*²² e che è già stato oggetto di censure di incostituzionalità²³, la riserva a favore della contrattazione collettiva ai fini della *‘possibile’* individuazione dei compiti cui esso si estende pone, a causa della sua *‘vaga’* formulazione, il problema del livello di contrattazione cui si riferisce la delega²⁴.

Non dovrebbero in ogni caso esservi dubbi, a maggior ragione ove si consideri l'uso del verbo *‘può’* che accompagna la delega, che non solo ovviamente in mancanza (stante l'immediata operatività del divieto), ma anche in presenza di

²¹ Di indubbio interesse è, a confutazione della convinzione dell'inevitabile dipendenza che caratterizza le prestazioni di lavoro di basso livello, Cass. n. 8569/2004, ove si legge *“se l'attenuazione del potere direttivo e disciplinare ... è stata di solito riscontrata nella giurisprudenza di legittimità in relazione a prestazioni lavorative dotate di maggiore elevatezza e di contenuto intellettuale e creativo (quali, ad esempio, quelle del giornalista), va rilevato, tuttavia che un analogo strumento discrezionale può validamente adottarsi, all'opposto, con riferimento a mansioni estremamente elementari e ripetitive, le quali, proprio per la loro natura, non richiedono in linea di massima l'esercizio di quel potere gerarchico che si estrinseca - secondo quanto asserito in numerosissime pronunce di questa Corte - nelle direttive volta a volta preordinate ad adattare la prestazione alle mutevoli esigenze di tempo e di luogo dell'organizzazione imprenditoriale e nei controlli sulle modalità esecutive della prestazione lavorativa”*.

²² M. Marazza, *op. cit.*, p. 15.

²³ A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *www.cosmag.it*.

²⁴ M. Marazza, *op. cit.*, p. 15-16, secondo cui mentre *“non v'è dubbio che per i lavoratori l'accordo deve essere sottoscritto da sindacati nazionali comparativamente più rappresentativi non è affatto chiaro se possa trattarsi anche di un contratto collettivo aziendale (dunque sottoscritto da una singola impresa, seppure con le organizzazioni dei lavoratori di livello nazionale)”*.

accordo sindacale, sia percorribile la strada del sindacato giudiziale ai fini della corretta qualificazione, come esecutivi/ripetitivi o meno, dei compiti oggetto del contratto.

Tranne la eliminazione delle parole “*in funzione del risultato*” che completava le indicazioni riferite alla gestione del progetto (e allora anche dei programmi di lavoro o sue fasi) da parte del collaboratore, nessun'altra modifica è stata apportata all'originario testo del primo comma dell'art. 61.

Continuano, perciò, a restare esclusi dall'area di applicazione del lavoro a progetto gli agenti ed i rappresentanti di commercio, così come restano ancora escluse le altre specifiche ipotesi di cui al secondo e terzo comma dello stesso articolo che, al pari del quarto comma, hanno mantenuto loro originaria formulazione.

3. La disciplina sanzionatoria

La misura indubbiamente più significativa e, insieme, più contestata dell'apparato sanzionatorio con cui il legislatore del 2003 ha inteso garantire il rispetto della normativa sul lavoro a progetto è quella recepita dal primo comma dell'art. 69, che, priva oggi delle sole parole “o programma di lavoro o fasi di esso” soppresse dal comma 23, lett. f), dell'art. 1 della legge n. 92/2012, dispone: “*I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto*”.

Le previsioni dell'art. 69, comma 1, non solo sono state, fin dall'origine, al centro di numerose e spesso vivaci contestazioni nel merito, ma, nonostante l'assoluta chiarezza del testo, sono anche state interpretate da una parte non secondaria, per numero ed autorevolezza, della dottrina, in termini riduttivi, quale presunzione semplice e non assoluta²⁵, non di rado sul solo presupposto della loro contrarietà, diversamente, al dettato costituzionale.

La giurisprudenza ha sposato inizialmente la tesi della presunzione *juris tantum*, a partire dalle prime sentenze note in tema di lavoro a progetto²⁶. A poco a poco, però, pur con qualche residua eccezione, si è fatta strada fino a divenire

²⁵ Tra i sostenitori della presunzione semplice: M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 17-18; A. Perulli, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 112; M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al titolo VII del d.lgs. n. 276/2003*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit.); De Feo, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 660. Tra i sostenitori, invece, della presunzione assoluta v. Mezzocapo, *op. cit.*, p. 26; A. Pizzoferrato, *Presente e futuro del lavoro a progetto*, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 839; M. Pallini, *Il lavoro a progetto: ritorno al futuro?*, in W.P. C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, *IT - 70/2005*, p. 45; S. Brun, *op. cit.*, p. 330; F. Cartelloni, *La zona grigia tra subordinazione e autonomia e il dilemma del lavoro coordinato nel diritto vivente*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 655; M. Magnani, Spataro, *op. cit.*, p. 6; R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, p. 19. In posizione intermedia P. Ichino, *L'anima laburista*, cit., secondo cui le previsioni del primo comma dell'art. 69 riguardano le collaborazioni coordinate e continuative che non rispondono ad un'esigenza temporanea del committente ed hanno l'effetto di estendere ai rapporti ivi richiamati il trattamento applicabile ai rapporti di lavoro subordinato, senza tuttavia incidere sulla loro qualificazione.

²⁶ Per tutte v. Trib. Torino 5 aprile 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 849, con nota di R. Bausardo; Trib. Milano 10 novembre 2005 e Trib. Ravenna 21 novembre 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 329, con nota di S. Brun.

prevalente²⁷ l'interpretazione che legge nella disposizione in esame una presunzione *juris et de jure*.

In questo terreno è caduta la disposizione di cui al comma 24 dell'art. 1 della riforma che ribadisce, in via di interpretazione autentica, che: *"L'art. 69, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si interpreta nel senso che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato"*.

Il legislatore del 2012 ha così ratificato, ritenendola ad evidenza conforme al disposto dell'art. 69, comma 1, la lettura ad esso data, come presunzione assoluta, impermeabile a qualsivoglia prova contraria, dalla ormai prevalente giurisprudenza.

Forse non del tutto inutili, in considerazione della persistenza della diversa interpretazione sostenuta da parte della dottrina e di una parte, benché minoritaria, della giurisprudenza, ma - soprattutto - in mancanza ancora di pronunce di legittimità, le disposizioni del comma 24 sono però state singolarmente richiamate nel successivo comma 25 insieme alle disposizioni del comma 23, ai fini della applicabilità e delle une e delle altre *"ai contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge"*.

Una norma di interpretazione autentica non potrebbe, però, che chiarire il significato che deve essere attribuito alla disposizione interpretata fin dalla sua origine, ma l'anomalia di un'interpretazione autentica valida solo per il futuro è forse più apparente che reale.

È, infatti, verosimile che il richiamo nel comma 25 anche delle disposizioni del comma 24 (che, si badi bene, recepiscono la nuova formulazione del primo comma dell'art. 69 d.lgs. n. 276/2003) sia stato determinato dalla volontà di evitare il rischio che la validità anche dei contratti di lavoro a progetto stipulati prima del 18 luglio 2012 potesse essere valutata alla luce dei nuovi requisiti applicabili da tale data in poi, anziché da quelli in vigore fino a quella data.

Ben altri e ben più chiari modi vi sarebbero in realtà stati per evitare un simile rischio, ma se si esclude l'ipotesi che il nudo richiamo nel comma 25 anche delle previsioni del comma 24, oltre che del comma 23, altro non sia se non un incidente di percorso (non certo l'unico, peraltro, in cui inciampa la riforma), determinato da una tecnica compilativa a dir poco approssimativa, ci si troverebbe di fronte al paradosso di una interpretazione autentica che, solo *ratione temporis*, leggerebbe le medesime disposizioni nel significato ora di presunzione relativa ora di presunzione assoluta.

Sorrette o meno da una norma di interpretazione autentica, le disposizioni dell'art. 69, comma 1, non lasciano, comunque, per sé sole, il benché minimo spazio al tentativo di declassare la sanzione ivi prevista a presunzione *juris tantum*, neppure sul presupposto di una interpretazione costituzionalmente orientata.

²⁷ Le sentenze di primo grado che interpretano come assoluta la presunzione in esame sono a tal punto numerose da suggerire la citazione delle sentenze di secondo grado, tra cui si segnala App. Firenze 26 gennaio 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, II, p. 419.

La interpretazione costituzionalmente orientata è, infatti, una strada percorribile e che anzi è opportuno percorrere quando, ma solo quando, l'utilizzazione di tutti i canoni ermeneutici offerti dalle previsioni dell'art. 12 preleggi lasci ancora margini di opinabilità superabile, senza stravolgimento della norma, attraverso il riferimento a principi e diritti di rango costituzionale.

Nel caso di specie - come peraltro riconosciuto anche da gran parte dei sostenitori, ciononostante, della presunzione relativa - già la sola lettera del comma 1 non lascia margine di opinabilità interpretativa ed impone, come da inequivoco significato del verbo usato, di *considerare* il rapporto imputato a lavoro a progetto, ma senza progetto, come rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, non solo indipendentemente dalla corrispondenza o meno delle sue caratteristiche ai canoni della subordinazione, ma persino nel caso in cui sia assolutamente evidente che il rapporto si è svolto in piena autonomia.

Una presunzione solo relativa sarebbe stata, d'altra parte, incompatibile con la scelta operata dal legislatore del 2003 attraverso le previsioni dell'art. 61, comma 1, che, fatta eccezione per le sole fattispecie espressamente escluse, hanno ricondotto tutte le altre collaborazioni coordinate e continuative ad un *unico* tipo legale, rispetto al quale non sono date alternative diverse dall'autonomia pura o dalla subordinazione.

Di tale effetto ha dato sinteticamente, ma efficacemente atto la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza già richiamata *sub* nota 2), individuando nelle disposizioni del primo comma dell'art. 61 un divieto di instaurazione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa non riconducibili ad un progetto, benché in sé genuinamente autonomi.

La presunzione *juris tantum* comporterebbe l'abnorme effetto, nel caso in cui le prove fornite dal committente dimostrassero l'insussistenza degli estremi della subordinazione, di mantenere in vita un rapporto di collaborazione continuativa vietato dalla legge perché, appunto, senza progetto.

Una simile conseguenza non potrebbe essere giustificata neppure se fosse vero che il c.d. principio della indisponibilità del tipo contrattuale, di cui alle note C. cost. n. 121/93 e n. 115/94, valesse anche per le ipotesi in cui la riqualificazione del rapporto non determini, come nel caso di specie, "l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato".

La possibilità di applicare 'a rovescio' il principio enunciato dalla Corte Costituzionale è stata esclusa dalla Cassazione²⁸, che ha ritenuto "evidente" la sua inapplicabilità "alla qualificazione *ope legis*, come subordinati, di rapporti che, oggettivamente, abbiano natura di lavoro autonomo, potendone derivare soltanto la estensione dei più favorevoli principi, garanzie e diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato".

La strada corretta, per chi non ritenesse convincente l'interpretazione così data dalla Corte di cassazione al principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale, non potrebbe, perciò, che essere quella di ottenere dalla stessa fonte che l'ha

²⁸ Cass. n. 17759/2005, in *Riv. it. dir.lav.*, 2006, II, 552, con nota di A. Avondola, *Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro?*.

enunciato indicazioni dirette sulla sua reale portata e sulla sua compatibilità o meno con gli effetti della presunzione assoluta di cui al comma 1, se non addirittura – come pure è stato sostenuto, per quanto con argomentazioni non condivisibili, ma con maggior coerenza e senza interpretazioni riduttive della sanzione che colpisce la sua violazione²⁹ - sulla compatibilità con il dettato costituzionale delle stesse previsioni del comma 1 dell'art. 61, di cui il comma 1 dell'art. 69 è coerente conseguenza.

In presenza invece di un valido progetto, per effetto della parte aggiunta dalla lett. g) del comma 23 dell'art. 1 all'originario *incipit* (non modificato) del secondo comma dell'art. 69 opererà per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della riforma, eccezion fatta per le sole *“prestazioni di elevata professionalità che possono essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*, una presunzione *juris tantum* di *“lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto, nel caso in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente”*.

Che si tratti, in questo caso, di una presunzione semplice è indiscutibile non solo perché introdotta (ad ulteriore dimostrazione anche della diversa tecnica utilizzata per la sua previsione rispetto a quella utilizzata per la presunzione di cui al primo comma) dalla riserva *“salvo prova contraria”*, ma anche perché l'analogia delle modalità con cui il collaboratore ed i dipendenti del committente svolgono la rispettiva attività non può, riguardando fatti, che essere verificata nei fatti.

La introduzione di detta presunzione indubbiamente avalla, attribuendogli il valore di indice, generale e decisivo, della subordinazione, il rilievo già di norma dato nelle controversie in cui si discute della sussistenza o meno della subordinazione al risultato del raffronto con la condizione dei lavoratori dipendenti.

Né il fatto che la presunzione non operi per le prestazioni di elevata professionalità potrà precludere al giudice la possibilità di avvalersi anche per esse del medesimo indice di subordinazione considerato *ex lege* decisivo per le prestazioni meno qualificate, anche se, ovviamente, con onere della prova a carico del collaboratore che fa valere l'analogia.

In sé l'esclusione dal vantaggio dell'inversione dell'onere della prova per le prestazioni di elevato livello non dovrebbe avere conseguenze numericamente consistenti, stante la utilizzazione del contratto a progetto soprattutto, almeno fino ad ora, per prestazioni di modesto contenuto professionale.

Sotto un profilo di 'politica' legislativa, la limitazione sembrerebbe rispondere agli stessi intenti che hanno portato all'introduzione del divieto di stipulare contratti di lavoro a progetto per compiti esecutivi o ripetitivi e, quindi, per incanalare il loro uso verso incarichi diversi da quelli che possono essere agevolmente affidati anche a personale dipendente.

Anche in questo caso è stata data, con l'identica formulazione e tecnica utilizzata per i compiti meramente esecutivi o ripetitivi, una delega alla

²⁹ A.Vallebona, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 293.

contrattazione collettiva per la 'possibile' individuazione delle prestazioni, appunto, di elevata professionalità.

Valgono, perciò, anche in questo caso le stesse osservazioni svolte in occasione dell'esame del suo 'precedente'.

4. La determinazione del compenso e le nuove aliquote contributive.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 63 d.lgs. n. 276/2003 prevedeva che il compenso spettante al collaboratore a progetto dovesse essere *"proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito"*, tenuto conto dei *"compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto"*.

La mancanza (ancor oggi) di minimi sindacali specificamente riferiti al lavoro autonomo ha reso indubbiamente difficile la determinazione da parte del giudice di un compenso difforme da quello pattuito nel contratto individuale.

La possibilità di fare riferimento anche ai minimi contrattuali previsti per i lavoratori subordinati chiamati a svolgere prestazioni analoghe, prospettata alla luce del richiamo operato al criterio della proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro eseguito e del rilievo che *"la natura autonoma o subordinata del rapporto non condiziona la quantità e qualità del lavoro svolto"*³⁰, ha trovato un primo, per quanto indiretto, riconoscimento legislativo nella cd. finanziaria 2007³¹.

In tale direzione si è mossa la l. n. 92/2012 che ha riformulato (comma 23, lett. c, dell'art. 1) l'art. 63 del decreto, che nel nuovo testo stabilisce che: *"il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito e, in relazione a ciò nonché alla particolare natura della prestazione e del contratto che la regola, non può essere inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati, dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria ovvero, su loro delega, ai livelli decentrati"*.

La disposizione conferma l'operatività del precetto di cui all'art. 36 Cost. anche per i lavoratori a progetto, elevandolo da parametro di valutazione *ex post* a criterio cui dovrà già attenersi *ex ante* la contrattazione collettiva ad essi specificamente rivolta ed individuando gli indici a tal fine utili.

Il comma 2 (*ex novo* aggiunto) dell'art. 63, inoltre, espressamente prevede, nell'attesa di una contrattazione collettiva specifica, l'utilizzazione dei contratti collettivi del lavoro subordinato, stabilendo per tale ipotesi che *"il compenso non può essere inferiore, a parità di estensione temporale dell'attività oggetto della prestazione,*

³⁰ G. Cannella, *Un (lavoro a) progetto mal riuscito*, in *Quest. Giust.*, 2004, p. 727.

³¹ Il comma 772 dell'art. 1 l. n. 296/2006, stabilisce, infatti, ai fini della base di calcolo della contribuzione della Gestione Separata, che *"in ogni caso i compensi corrisposti ai collaboratori a progetto devono essere proporzionati alla quantità e qualità del lavoro eseguito e devono tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per prestazioni di analoga professionalità, anche sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento"*.

alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria, applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto”.

Si tratta di una tappa importante³², per quanto di non semplice applicazione pratica. Fino a quando la contrattazione collettiva non provvederà a fissare le tariffe specificamente riferite ai collaboratori a progetto, già conformate ai criteri di cui al primo comma, il riferimento ai minimi previsti per i lavoratori subordinati potrà – infatti – porre, in aggiunta all’usuale problema della loro determinazione sulla base dei soli minimi tabellari ovvero anche delle altre voci retributive previste dalla contrattazione collettiva applicabile ai dipendenti del committente³³, non solo la necessità di scegliere, laddove quest’ultimo applichi più contratti, a quale di essi fare riferimento, ma anche di rapportare all’effettivo impegno temporale del collaboratore un parametro stabilito per una prestazione di certa durata giornaliera, settimanale e mensile.

Nella descrizione delle caratteristiche del lavoro a progetto il comma 1 dell’art. 69 indica come elemento essenziale dell’apporto del collaboratore l’indipendenza “dal tempo impiegato per l’esecuzione dell’attività lavorativa”, ma ciò non fa venir meno, trattandosi di una prescrizione finalizzata al diverso obiettivo di garantire l’autonomia della gestione del progetto anche sotto il profilo temporale, la necessità di tener conto nella determinazione del compenso spettante, oltre che della qualità della prestazione valutata anche in funzione del risultato, della quantità dell’impegno temporale presumibilmente o comprovatamente assorbito dalla esecuzione dell’incarico. In tal senso indubbiamente depone non solo lo specifico richiamo alla “*parità di estensione temporale dell’attività oggetto della prestazione*”, ma la stessa recezione del parametro di cui alla prima parte del primo comma dell’art. 36 Cost.

Non secondari sono, infine, i vantaggi che, quanto a trattamento pensionistico, potrebbero derivare dall’aumento, stabilito per tutti gli iscritti alla Gestione Separata Inps, ivi compresi i lavoratori a progetto, delle aliquote contributive già stabilite anche per il 2012 ed anni successivi dal comma 79 dell’art. 1 l. n. 247/2007.

Detto aumento, disposto dal comma 57 dell’art. 2 della riforma (parzialmente modificato, con un lieve abbassamento delle percentuali già previste per gli iscritti in via esclusiva e corrispondente innalzamento delle percentuali previste per iscritti anche ad altre gestioni, dall’art. 46 *bis*, lett. g, l. n. 134/2012, di conversione del cd. Decreto Sviluppo, d.l. n. 83/2012), è progressivo e porterà, nell’anno 2018, ad un allineamento della aliquota da applicare agli iscritti in via esclusiva con la aliquota già attualmente applicata (33 %) al lavoro subordinato.

³² T. Treu, *op. cit.*, p. 42-44, la qualifica come la disposizione “forse più innovativa in materia”, che risponde alle sollecitazioni da tempo rivolte all’Italia “non solo (da) gli esperti e osservatori, ma anche (dal) le autorità internazionali” per l’introduzione “di una qualche forma di salario minimo” e che “configura una forma di legislazione promozionale che vuole stimolare i sindacati più rappresentativi a sviluppare contenuti e forme di contrattazione pensati per rispondere ai particolari caratteri dei collaboratori”.

³³ Le indicazioni date dalla Corte di Cassazione, quanto ad inclusione dei soli minimi tabellari, sono, come è ben noto, granitiche e sono state ribadite anche nelle più recenti sentenze in materia (Cass. n. 16/2012). Non può, tuttavia, escludersi che il riferimento operato dalla norma in esame anche alla “esperienza”, oltre che alla capacità, possa aprire uno spiraglio a favore di un’interpretazione meno restrittiva.

Quest'ultimo intervento, anch'esso mirato, oltre che a risanare le perdite delle varie gestioni pensionistiche, anche a riequilibrare le sensibili differenze esistenti tra i costi del lavoro subordinato e quelli del lavoro a progetto, riduce ad evidenza, come già le disposizioni riferite ai corrispettivi, gli spazi di convenienza del ricorso al secondo piuttosto che al primo³⁴.

5. Il recesso

Anche le previsioni dell'art. 67, destinate a disciplinare la *"estinzione del contratto e preavviso"* sono state in parte modificate.

Dal comma 1 è stato solo eliminato (lett. d del comma 23) il precedente riferimento operato anche *"al programma o fase di esso"*, ferma restando la previsione di risoluzione del contratto *"al momento della realizzazione del progetto"*.

È stata, altresì, confermata nell'*incipit* del secondo comma la facoltà di recesso di entrambe le parti per giusta causa, mantenendo però l'originaria formulazione (*"prima della scadenza del termine"*), senza tenere conto del fatto che la realizzazione del progetto coincide ormai con il raggiungimento del risultato pattuito.

Rispetto, invece, alla originaria previsione di cui alla seconda parte del secondo comma dell'art. 62, che consentiva ad entrambi di recedere per le *"diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale"*, è stata stabilita la possibilità - per il committente - di *"recedere prima della scadenza del termine qualora siano emersi oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto"* e - per il collaboratore - di *"recedere prima della scadenza del termine, dandone preavviso, nel caso in cui tale facoltà sia prevista nel contratto individuale di lavoro"*.

La impossibilità di conseguire il risultato pattuito, in quanto determinata da carenze 'professionali' del collaboratore, già sarebbe in realtà idonea ad integrare una giusta causa di recesso, anche indipendentemente da un'espressa previsione. Singolare è, semmai, che all'esigenza, ciononostante, di tale specificazione non abbia fatto eco l'esigenza di dare espressamente conto della possibilità di recesso 'anticipato' anche del collaboratore nel caso in cui l'impossibilità di realizzare il progetto dipenda, invece, da fatti imputabili al committente.

Innovativa è, invece, la limitazione al solo collaboratore della facoltà di recedere prima della realizzazione del progetto, con il solo onere del preavviso. In astratto tale novità sbilancia a favore del collaboratore la disciplina del recesso acausale, ma poiché la possibilità di avvalersi di tale facoltà è subordinata ad una previsione *ad hoc* nel contratto individuale, v'è da dubitare che il committente acconsenta ad inserirla nel contratto.

³⁴ V. in tal senso T. Treu, *op. cit.*, p. 41-42, che - dopo aver evidenziato che le critiche sollevate durante l'iter formativo della legge contro l'aggravio contributivo delle forme di lavoro autonomo (a progetto ed IVA) "sono state soffocate dalle necessità finanziarie" - sottolinea che "la intensità della crescita dei costi contributivi rischia di ostacolare la diffusione di questi lavori, specie per i giovani all'inizio della vita lavorativa, anche in settori caratterizzati da professionalità emergenti che invece andrebbero sostenute". Non diversa la valutazione espressa da M. Marazza, già riportata *sub* nota 3.

Il vero vantaggio per il collaboratore è l'esclusione della possibilità di recesso acausale del committente, che gli garantisce una stabilità per il periodo pattuito simile a quella del lavoratore subordinato a termine e la conseguente possibilità di ottenere, in caso di recesso anticipato, il risarcimento del danno subito.

6. Conclusioni

Il giudizio sulla disciplina del lavoro a progetto varata dalla legge di riforma dello scorso giugno è inevitabilmente influenzato dalla prospettiva da cui la si osserva.

Una indagine estesa anche a ragioni di politica legislativa e/o di opportunità può, infatti, approdare a valutazioni diverse da quelle cui può approdare un'analisi concentrata soprattutto su aspetti tecnico-giuridici e, anche all'interno di questa più ristretta area, il giudizio può cambiare a seconda che si consideri la nuova disciplina del lavoro a progetto in sé e per sé o che ci si limiti ad esaminare le novità da essa apportate alla precedente.

La scelta, operata dalla riforma Biagi e confermata dalla Legge Fornero, di elevare il lavoro a progetto a regola delle collaborazioni coordinate e continuative ha provocato reazioni diverse, anche con riferimento alla sua reale efficacia antielusiva.

Anche dando per ammessa la bontà di tale scelta, la valutazione sui modi con cui la seconda è intervenuta sul modello ereditato dalla prima dovrebbe per il vero prendere in considerazione non solo ciò che essa ha fatto, ma anche ciò che non ha fatto.

Un esame esteso anche al 'non fatto' metterebbe in evidenza omissioni anche importanti, tra cui, in particolare, il totale silenzio della l. n. 92 rispetto ai problemi posti dalla singolare e difficile convivenza tra le disposizioni dettate per la mancanza sostanziale e la mancanza formale del progetto che, aggravati dalla infelice formulazione dell'*incipit* del comma 1 dell'art. 62 d.lgs. n. 276/2003, avrebbero meritato di essere presi in considerazione e risolti, a maggior ragione da una legge che ha ad oggetto la riforma dell'intero mercato del lavoro.

Se si limita, invece, la valutazione ai risultati del confronto tra le due discipline, va riconosciuto che la nuova è, nei suoi tratti essenziali, più lineare e più coerente rispetto alla precedente.

Benché, come si è visto, non manchino neppure nelle sue previsioni, accanto ad oscurità ed ambiguità di formulazione, novità di cui sfugge la effettiva utilità e funzione, il bilancio resta positivo, grazie soprattutto alla rivisitazione della nozione di progetto, ora "funzionalmente collegato ad un preciso risultato", ed alla eliminazione della sua precedente riferibilità anche a programmi di lavoro o sue fasi.

Le disposizioni che meglio tutelano sotto il profilo economico il collaboratore - con riguardo, nell'immediato, al corrispettivo della prestazione e, in prospettiva, alla possibilità di fruizione di un trattamento pensionistico non insignificante - senz'altro irrobustiscono le ragioni di una valutazione positiva.

Il superamento, poi, se non di tutti, di buona parte degli interrogativi sollevati dalla scarsa chiarezza ed ambiguità che inquinavano la precedente disciplina, diminuendo le incertezze interpretative, dovrebbe avere effetti positivi anche sulla sua applicazione o, quantomeno, agevolare l'accertamento della sua eventuale distanza dalle regole che lo governano.

Indubbio è, però, che la maggior parte delle modifiche (non solo quelle più significative, ma anche quelle secondarie e forse non strettamente necessarie) comporta un obiettivo restringimento dell'area di operatività del lavoro a progetto (e, di conseguenza, delle collaborazioni coordinate e continuative consentite) e che alcune diminuiscono anche il suo margine di convenienza economica rispetto ad un rapporto di lavoro subordinato.

Comune anche alle novità introdotte per le altre fattispecie di lavoro autonomo, tale risultato è stato, come si è visto, ritenuto da alcuni commentatori indicativo di una precisa volontà di indirizzare il mercato verso una maggiore utilizzazione del rapporto di lavoro subordinato.

Il rischio è, però, che la fuga dalla 'parasubordinazione' allarghi, anziché l'area della subordinazione, quella del lavoro *tout court* irregolare, se non già quella della effettiva disoccupazione.

IL LAVORO AUTONOMO

di Gaetano Campo

1. La nuova regolamentazione delle “partite IVA” / 2. La “doppia presunzione”: da partita IVA, a collaboratore a progetto, a lavoratore subordinato / 3. La tutela al reddito e quella previdenziale / 4. Considerazioni finali.

1. La nuova regolamentazione delle “partite IVA”

La forma di collaborazione denominata comunemente “partita IVA” è entrata a far parte delle categorie giuslavoristiche piuttosto di recente, solo a seguito di una sua progressiva diffusione nella realtà del mondo del lavoro e delle imprese: gli ultimi interventi legislativi sono stati anzi caratterizzati da un reiterato riferimento normativo all’insieme di lavoratori popolarmente noti con questo appellativo.

Infatti, l’art. 8 d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, che ha istituito la contrattazione collettiva di prossimità, attribuendole la efficacia di derogare non solo ad altre fonti contrattuali, ma anche alla legge, ha specificamente ammesso la contrattazione di prossimità a regolare, tra le altre materie, quella concernente le “modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA”. Già in occasione dei commenti a questa norma, la dottrina ha sottolineato la atecnicità di questo riferimento, trattandosi di una categoria individuata sì sul piano sociologico, ma non su quello lavoristico¹. Diversi autori hanno sottolineato l’anomalia di un sistema di regolamentazione di rapporti di lavoro neppure rientranti nell’ambito della parasubordinazione, ad opera di organizzazione sindacali prive di rappresentatività, mentre altri autori hanno sottolineato il forte rischio di una disciplina nettamente derogatrice della legge, in senso sfavorevole ai

¹ E. Barraco, *La contrattazione decentrata in deroga*, intervento al Convegno in argomento, tenuto presso l’Università degli Studi di Padova il 14 ottobre 2011, in corso di pubblicazione.

lavoratori, così da sfumare il confine tra lavoro autonomo e lavoro subordinato².

Questo tema verrà successivamente ripreso.

L'esame della nuova disciplina contenuta nell'art. 69 *bis* d.lgs. n. 276/2003, introdotto dalla l. n. 92/2012, deve necessariamente e preliminarmente muovere dalla individuazione di questa categoria di lavoratori.

Questo approccio è utile per capire quale modello di lavoratore abbia avuto in mente il legislatore del 2012 e per meglio comprendere le ragioni di un intervento normativo che presenta passaggi discutibili. In questa prospettiva, va senz'altro rilevato che non esiste una *narrazione collettiva* dei lavoratori a partita IVA.

Come ha di recente sottolineato da uno dei più attenti osservatori del fenomeno, i lavoratori autonomi possessori di partita IVA sono stati descritti dalla maggior parte degli organi di informazione nazionale come *Untermenschen*, vale a dire soggetti privi di rappresentanza sindacale e di diritti³.

In sostanza, questa categoria di lavoratori è sempre stata definita in relazione alla precarietà nel lavoro da cui è connotata: i lavoratori a partita IVA vengono normalmente ritenuti essere "poveracci, precari, costretti al lavoro irregolare"⁴. In altri termini, il lavoratore autonomo a partita IVA è sempre stato visto come un lavoratore subordinato mancato, sfruttato dalle imprese per una mera convenienza di costi, pronto alla rivendicazione del vero obiettivo della propria vita lavorativa, costituito dal lavoro subordinato a tempo indeterminato. Per tale motivo si mette in evidenza la forbice esistente tra questa rappresentazione, ampiamente diffusa nei *mass media*, nella politica e nel sindacato, e la narrazione individuale che si trova nei numerosi *blog*, che mette in mostra un mondo più variegato, composto da persone che si interrogano sui limiti esistenti nella interpretazione del ruolo del lavoratore autonomo, dove, accanto a storie di sfruttamento e di irregolarità, vi sono quelle positive di scelte professionali. In un contesto caratterizzato dalla forte crisi economica e del lavoro, il possesso della partita IVA ha costituito per molti lavoratori il vero salvagente per far fronte alla attuale situazione⁵.

L'Osservatorio sulle partite IVA del Ministero delle Finanze mostra una dinamica ancora in crescita nell'apertura delle partite IVA, per lo più da parte di persone fisiche, in una quota del 75,5%, di cui la metà nel settore dei servizi, con una forte preponderanza dei giovani fino a 35 anni e per un terzo

² Si rinvia alle indicazioni contenute nel saggio di A. Perulli, V. Speciale, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e la "rivoluzione d'agosto" del diritto del lavoro*, p. 46, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/it/perulli_speziale_n132-2011it.pdf.

³ S. Bologna, D. Banfi, *Vita da Freelance. I lavoratori della conoscenza e il loro futuro*, Milano, 2011, p. 125 ss.

⁴ S. Bologna, D. Banfi, *ivi*, p. 126.

⁵ S. Bologna, D. Banfi, *ivi*, p. 210, con richiami agli articoli di D. De Vico apparsi su *Il Corriere della Sera*.

nella fascia di età tra 36 e 50 anni. Come emerge dai dati recenti⁶, i lavoratori autonomi corrispondono a circa un quarto del totale degli occupati in Italia, quota quasi doppia rispetto alla media dell'UE. Viene riscontrata la tendenza progressiva alla individualizzazione, alla femminilizzazione, al ringiovanimento ed al più elevato grado di istruzione che hanno questi lavoratori, con la forte tendenza ad una dualizzazione, caratterizzata da un lato, da professionisti ben pagati e richiesti dal mercato e dall'altra, da lavoratori sfruttati e sottopagati.

Altro meno recente studio dell'ottobre 2010⁷, basato sull'ampia ricerca condotta da Emiliano Mandrone per l'ISFOL, conferma sostanzialmente questi dati numerici. Questa ricerca mette in evidenza un dato importante, costituito dall'affermazione del 92% degli interessati di essere autonomo per scelta e non per obbligo, così come è nettamente prevalente la scelta di voler rimanere autonomi, come condizione per acquisire nuove collaborazioni e migliorare le proprie condizioni di vita.

I punti critici sono riferiti all'aspetto retributivo, e questo per la generale assenza di un sistema equo di valutazione del trattamento economico di questi lavoratori, ancora disciplinato nel nostro ordinamento dal codice civile, oltre alla esistenza di un sistema previdenziale che li vede essenzialmente come erogatori di contributi presso la Gestione Separata, ma sostanzialmente esclusi da forme di sostegno del reddito e come soggetti fruitori di assistenza sociale.

2. La “doppia presunzione”: da partita IVA, a collaboratore a progetto, a lavoratore subordinato

La l. n. 92/2012 aderisce alla narrazione dei lavoratori a partita IVA da parte dei mezzi d'informazione, fornendo essenzialmente una risposta che muove nella direzione dell'obiettivo della stabilizzazione di questi rapporti, attraverso la loro trasformazione in rapporti di collaborazione a progetto e poi, attraverso il meccanismo della doppia presunzione, di lavoro subordinato: ma sul fronte della regolamentazione delle collaborazioni autentiche, lascia inevase risposte essenziali, sui temi della determinazione del compenso e dell'accesso alle politiche sociali, lasciate ancora una volta nelle mani della logica di mercato.

In particolare, l'art. 1, comma 25, introduce nel testo del d.lgs. n. 276/2003 l'art. 69 *bis*, dedicato alle “Altre prestazioni rese in regime di lavoro autonomo” da parte di lavoratori autonomi titolari di partita IVA. La nuova disciplina richiama quella delle collaborazioni a progetto, a cui ricondurre i contratti di lavoro autonomo delle partite IVA che presentino determinate caratteristiche, consentendo, attraverso il richiamo alla presunzione di cui all'art. 69, comma 1, d.lgs. 276, l'attrazione addirittura nell'ambito del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Questo sistema, articolato su una

⁶ C. Ranci, in *www.lavoce.info.it*, 6 luglio 2012.

⁷ In *Il Giornale delle partite IVA*.

duplice presunzione, dovrebbe essere in grado, nelle intenzioni del legislatore, di riportare questo tipo di rapporto al riparo della subordinazione, attraverso un meccanismo di stabilizzazione esteso anche al settore privato. La norma ha subito una modifica già con l'art. 46 *bis* d.l. n. 83/2012, convertito nella l. n. 134/2012, il cosiddetto "decreto sviluppo", che ha allentato il meccanismo presuntivo, modificando le lettere a) e b) e "spalmando" i requisiti della durata e del compenso non più nell'arco di un anno, ma su due anni solari.

In particolare, il rapporto di lavoro autonomo con i titolari di partita IVA viene ricondotto in via presuntiva nell'alveo dei rapporti parasubordinati delle collaborazioni a progetto, alla presenza di almeno due dei tre requisiti specificamente previsti dalla norma, costituiti da: a) la durata della prestazione, nel senso che il requisito della continuità stabilito dall'art. 409 n. 3 c.p.c. sussiste tutte le volte in cui il rapporto ha una durata superiore a otto mesi all'anno nell'arco di due anni solari; b) l'ammontare del compenso, nel senso che il compenso percepito dallo stesso committente deve superare la soglia dell'80% di quanto percepito dal lavoratore autonomo nell'arco dello stesso periodo temporale; c) la disponibilità da parte del lavoratore autonomo di una postazione di lavoro fissa presso la struttura aziendale del committente.

Quanto al primo requisito, la durata della prestazione viene a rilevare come elemento dal quale desumere la sua continuità. In particolare, questo requisito va riportato ad una durata superiore agli otto mesi per anno, nei due anni solari in favore dello stesso committente.

La nozione di anno solare è stata riferita dai primi commentatori alla previsione dell'art. 7 d.p.r. n. 917/86, che individua come periodo di imposta sostanzialmente l'anno civile, quello che va dal 1° gennaio al 31 dicembre di ogni anno. Questa interpretazione si fonda sulla previsione della lettera b) del comma 1 dell'art. 69 *bis*, che, nel disciplinare il requisito di carattere reddituale, fa riferimento allo stesso criterio temporale, richiamando espressamente "lo stesso anno solare" come spazio temporale nel cui ambito determinare il fatturato⁸. In sostanza, secondo questi autori, la nozione di anno solare è comune ai due requisiti e, riferendosi uno di essi al fatturato, essa va individuata con riferimento alla disciplina fiscale, poiché il fatturato non può che fare riferimento alla normativa tributaria. In questo modo l'anno solare, ai fini della applicazione della norma, deve essere inteso come anno civile. Tuttavia, la interpretazione più convincente e aderente al dato normativo non è quella che mette in rapporto le lettere a) e b) della norma in commento, quanto quella che collega la previsione normativa in esame con quella dell'art. 61 d.lgs. n. 276. Anche in quest'ultima norma è contenuto un riferimento all'anno solare come criterio distintivo tra la collaborazione a progetto, disciplinata dal comma 1, e le collaborazioni occasionali, previste

⁸ G. Bubola, F. Pasquini e D. Venturi, *Le partite IVA*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 172.

dal comma 2. Infatti, la norma stabilisce che le collaborazioni occasionali sono quelle di durata complessiva non superiore a trenta giorni nell'arco dell'anno solare.

La interpretazione di questa disposizione si basa sulla nozione di anno solare esplicitamente contrapposta a quella di anno civile. In sostanza, il legislatore avrebbe utilizzato questa nozione preferendola a quella di anno civile e calcolando i requisiti previsti dalla norma con riferimento al periodo mobile intercorrente tra un qualsiasi giorno dell'anno e il corrispondente giorno dell'anno successivo⁹. Questa interpretazione consente di collegare le diverse fattispecie del lavoro autonomo, quello occasionale, quello dei lavoratori a partita IVA e quello delle collaborazioni a progetto, adottando un unico criterio di valutazione del requisito temporale che le caratterizza e segna il confine delle une rispetto alle altre.

Il secondo requisito, previsto dalla lettera b), attiene all'entità del compenso erogato, nello stesso arco temporale, al lavoratore titolare di partita IVA da parte del committente o "fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro di imputazione giuridica". La norma pone due questioni.

Anzitutto, se la riconducibilità allo stesso centro di imputazione giuridica valga solo per il fatturato, vale a dire per la intestazione formale della fattura emessa per il pagamento del compenso del lavoratore autonomo, o se possa essere considerata unitariamente la prestazione lavorativa resa dallo stesso lavoratore a favore di più soggetti riferibili al medesimo centro di imputazione giuridica.

La formulazione letterale della norma porta a preferire la soluzione più restrittiva, riferita cioè alla fatturazione dell'intera attività, dal momento che lo scopo della norma è quello di evitare che la presunzione possa operare attraverso un frazionamento del tutto formale del compenso, mirato a eludere l'applicazione dell'art. 69 del testo normativo. Tuttavia, la esigenza di evitare che un frazionamento abusivo del rapporto possa eludere l'applicazione della presunzione stabilita dalla norma porta a ritenere che essa sia operante anche quando l'incarico o la prestazione lavorativa venga suddivisa tra più persone o soggetti riferibili ad un unico centro di imputazione giuridica.

Va notato che lo stesso dubbio era stato prospettato a proposito del lavoro autonomo occasionale di cui all'art. 61, comma 2, che, riguardo al compenso percepito nell'arco solare dal lavoratore autonomo per il suo inquadramento come occasionale od a progetto, non comprende i compensi riferibili a più soggetti facenti parte di un unico centro di imputazione giuridica dei rapporti, nel senso che si era posto il problema se fosse necessario sommare più incarichi ricevuti da diversi committenti, riferibili ad un unico centro di imputazione.

Si ritiene che la disciplina dettata dall'art. 69, lett. b), possa estendersi anche alla interpretazione dell'art. 61, comma 2, nel senso che il limite di €

⁹ F. Lunardon, *Il lavoro a progetto*, in *Commentario* a cura di F. Carinci, vol. I, p. 65, che richiama la Circolare del Ministero del Lavoro del 6 febbraio 2001.

5.000,00 annui per la qualificazione del rapporto di lavoro come occasionale debba intendersi riferito anche ai compensi percepiti da altri soggetti dello stesso gruppo di imprese.

Che cosa si debba intendere per “soggetti riconducibili al medesimo centro di imputazione giuridica”, è qualificazione che richiama l’orientamento giurisprudenziale in tema di imputazione dei rapporti di lavoro al gruppo di imprese. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha da sempre affermato l’insufficienza del mero collegamento giuridico ed economico tra più imprese ad estendere a tutte le obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro subordinato intrattenuto dal lavoratore con una di esse¹⁰.

In questo senso, per poter giungere a tale conclusione è necessario dimostrare la sussistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, desumibile dalla unicità della gestione dell’impresa, dalla integrazione delle attività esercitate, dal coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario tale da individuare un unico soggetto che diriga la complessiva attività verso uno scopo comune, dalla contemporanea utilizzazione del lavoratore da parte delle imprese distinte, di modo che l’attività lavorativa venga svolta in modo indistinto contemporaneamente per tutti i soggetti imprenditoriali interessati, o attraverso la prova della natura simulata e fraudolenta del frazionamento dell’attività d’impresa tra più soggetti formalmente distinti¹¹.

I principi citati possono a maggior ragione essere richiamati nella materia in esame, perché portano alla costituzione di un rapporto di collaborazione a progetto con l’effettivo datore di lavoro e, nel caso di operatività della presunzione di cui all’art. 69, anche alla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato, con la conseguente necessità di fare riferimento a nozioni elaborate proprio in materia di imputazione di questo tipo di rapporto.

Il secondo problema che la norma pone è quello della conoscenza delle parti e, specificamente, del committente, del superamento del limite reddituale da parte del lavoratore autonomo. In questo senso, a differenza del comma 2 dell’art. 62, il limite costituito dal compenso è stabilito tenendo conto dell’ammontare complessivo della retribuzione pattuita nell’arco temporale di riferimento: nel caso in esame, invece, esso è definito in relazione ad una percentuale dei redditi complessivi dell’anno di riferimento. Tuttavia, mentre nel caso del lavoro occasionale è agevole individuare il superamento del limite, perché è possibile per le parti prevederlo anticipatamente, nel caso dei lavoratori a partita IVA sarà pressoché impossibile una predeterminazione di questo tetto, nel senso che il suo superamento, particolarmente nei casi di pluricomittenza, potrà essere accertato solo al termine del periodo di riferimento.

In questo modo, tuttavia, entrambe le parti, e soprattutto il committente, non potrebbero disciplinare autonomamente, ossia nell’ambito

¹⁰ Cass. n. 5808/2004; Cass. n. 5496/2006; Cass. n. 25270/2011.

¹¹ Cass. n. 6707/2004; Cass. n. 11207/2006.

dell'autonomia negoziale che è loro propria, in via anticipata il proprio rapporto di lavoro, dal momento che "i conti si farebbero alla fine".

Si tratta di un aspetto che sicuramente offrirà occasioni di incertezze nell'applicazione concreta del rapporto, potendo portare alla predisposizione di clausole contrattuali dirette a regolare in via anticipata obblighi di informazione da parte del lavoratore autonomo e di ridefinizione del compenso pattuito in relazione all'andamento dell'attività lavorativa del lavoratore.

La disposizione potrà avere ripercussioni anche nella organizzazione dell'attività del lavoratore autonomo, dal momento che questi dovrà modulare la propria attività avendo ben presente la esigenza di restare nei limiti stabiliti dalla norma.

Quanto al terzo requisito, esso evoca una soluzione organizzativa in ordine alla quale è prevedibile che sarà interamente rimessa all'interprete l'individuazione di cosa debba intendersi per "postazione fissa di lavoro". Tra le prime letture della norma, la più convincente e condivisibile sembra essere quella che individua questo requisito nella postazione di lavoro nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa normalmente dedicata dal committente al lavoratore autonomo¹² e da questo utilizzata.

3. La tutela al reddito e quella previdenziale

Come sopra osservato, la presenza di almeno due di questi requisiti determina la operatività della presunzione stabilita dal comma 1, secondo cui i rapporti di lavoro stipulati con i lavoratori titolari di partita IVA vengono disciplinati dalle norme dedicate ai lavoratori con contratto a progetto. Il richiamo di questa disciplina tiene conto peraltro della nuova formulazione dell'art. 63 in materia di determinazione del corrispettivo. La norma è particolarmente interessante, perché tende a colmare, in materia di lavoro autonomo, il vuoto determinato dalla riconosciuta e generale applicazione dell'art. 2225 c.c., intervenendo così in un aspetto particolarmente sensibile e delicato dei rapporti di lavoro autonomo.

Infatti, soltanto per il lavoro autonomo a progetto il legislatore, nella logica di riconduzione di queste forme di collaborazione nell'alveo del lavoro subordinato, ha riformato la disciplina dettata dall'art. 63 d.lgs. n. 276/2003 in materia di compenso, introducendo il parametro costituito dai minimi retributivi fissati collettivamente per i lavoratori subordinati del settore con professionalità analoga, per competenza ed esperienza, di quella dei collaboratori a progetto. Al di fuori di questo spazio, il legislatore lascia tutti gli aspetti retributivi nell'ambito della logica pura di mercato.

Eppure, anche muovendosi nel solco della tradizionale lettura dell'art. 36 Cost., come riferito al solo lavoro subordinato, gli autori che si stanno occupando della materia hanno sottolineato che l'attuazione del precetto

¹² G. Bubola, F. Pasquini, D. Venturi, *op. cit.*, p. 171.

costituzionale anche per il lavoro autonomo consentirebbe di introdurre misure dirette ad assicurare per questa categoria di lavoratori non solo la funzione corrispettiva, ma pure quella sociale della retribuzione, legata quest'ultima alla tutela dei diritti di cittadinanza del lavoratore¹³. In particolare, queste misure sono state individuate in un ampliamento dello spettro della cosiddetta rivalsa o della ripartizione degli oneri contributivi e nella leva fiscale, fino a determinati tetti di reddito sotto i livelli del lavoro *standard*.

In questo senso, “i *freelance* non sono ‘merce’, non sono imprenditori o capitalisti, non hanno capannoni, non sono imprese o ditte, sono lavoratori”: occorre in sostanza riportare il *freelance* nell'alveo del lavoro da quello della impresa¹⁴. Nel caso in esame, l'art. 69 *bis* interviene sul sistema contributivo solo nel caso in cui operi la presunzione di cui al comma 1, stabilendo in favore del lavoratore autonomo il diritto di rivalsa nei confronti del committente per quota contributiva di spettanza di quest'ultimo.

Tuttavia, al di fuori del meccanismo della presunzione e quindi della riconduzione del lavoro autonomo alla fattispecie del lavoro a progetto, nessun meccanismo del genere viene ad operare per incidere sui parametri retributivi del lavoratore autonomo titolare di partita IVA.

L'applicazione della presunzione stabilita dal citato comma 1 dell'art. 69 *bis* può, peraltro, comportare, in base al gioco di rinvii completato dal comma 4 alla presunzione dell'art. 69, ossia che il rapporto di lavoro del lavoratore titolare di partita IVA venga considerato di carattere subordinato ove manchi uno specifico progetto. L'art. 69, anche nella sua nuova formulazione, non ha modificato l'aspetto relativo alle conseguenze della mancanza della forma scritta del progetto, per cui valgono anche in questo caso le considerazioni svolte da dottrina e giurisprudenza di merito riguardo alla completa parificazione tra i vizi formali e quelli sostanziali di mancanza del progetto.

In assenza di un contratto scritto e di un progetto specifico in base ai nuovi parametri stabiliti dall'art. 61, la cui analisi si rinvia al paragrafo dedicato a questa fattispecie, il lavoratore a partita IVA sarà considerato subordinato.

Gli aspetti della disciplina dettata dall'art. 69 *bis* che destano maggiori perplessità sono costituiti dalle ipotesi di esclusione della presunzione. Si tratta di un requisito riferito al livello professionale del lavoratore e di un elemento attinente al reddito annuo prodotto, che non deve superare il 25% del livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali (la soglia si attesta attualmente a 18.667,00 all'anno), che devono sussistere entrambi¹⁵.

Sono anzitutto esclusi quei lavoratori autonomi la cui prestazione si caratterizza per essere riferibili a “competenze teoriche di grado elevato,

¹³ S. Bologna, D. Banfi, *op. cit.*, p. 199.

¹⁴ S. Bologna, D. Banfi, *op. loc. cit.*

¹⁵ Per la tesi che vede i due requisiti operare cumulativamente, G. Bubola, F. Pasquini, D. Venturi, *op. cit.*

attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nel concreto dell'attività". In questo caso è palese il tentativo del legislatore di escludere dalle strette maglie della presunzione legale un settore di lavoro autonomo altamente professionalizzato, vuoi per i percorsi formativi teorici che per la competenza tecnico-pratica acquisita nello svolgimento di attività specialistiche. Tuttavia, la formulazione letterale della norma comporta senza dubbio margini di interpretazione particolarmente ampi, che necessitano nell'interprete una conoscenza non superficiale dei percorsi teorici e pratici che portano alla acquisizione di livelli di professionalità che possono essere spesi nel mercato del lavoro. Questo livello di conoscenza da parte dell'interprete è particolarmente delicato in un mercato del lavoro caratterizzato, proprio nelle sfere in cui si concentra l'attività dei *freelance*, da competenze specifiche, legate a conoscenze informatiche e di impresa non acquisibili mediante tradizionali corsi di studio.

Sono poi esclusi dalla operatività della presunzione i lavoratori autonomi che svolgano attività professionale per cui è richiesta l'iscrizione agli albi professionali od ai registri stabiliti da un apposito decreto ministeriale. La norma esclude dall'ambito delle tutele predisposte per questa categoria di lavoratori proprio quel largo settore di lavoratori autonomi in cui sono più presenti fenomeni di sfruttamento della prestazione lavorativa, solitamente sottopagato¹⁶.

La particolare ampiezza della disposizione ed il suo riferimento a criteri di valutazione non ben delineati comporterà senza dubbio letture diverse da parte degli organi ispettivi degli istituti previdenziali e dei giudici, che potrebbero valutare diversamente percorsi formativi ed esperienze professionali. Allo stesso modo, il requisito reddituale rischia di tagliar fuori una sfera di lavoratori che naviga ai limiti della soglia prevista dalla norma, dal momento che il committente sarà incentivato, per evitare rischi di diversa qualificazione del rapporto di lavoro, ad attribuire incarichi a professionisti più affermati che quella soglia di reddito abbiano ampiamente superato.

La legge in commento lascia quindi inevase due delle domande più urgenti che vengono dal mondo del lavoro autonomo e riguardano la tutela reddituale e quella previdenziale.

Della tutela del reddito si è già detto. Quanto alla tutela previdenziale, grazie alle pressioni esercitate dalle categorie che si muovono nell'ambito della rappresentanza di questi lavoratori, è stato scongiurato il progetto originario che prevedeva l'aumento della contribuzione dovuta alla gestione separata¹⁷.

¹⁶ S. Bologna, D. Banfi, *op. cit.*, p. 130 ss., dove vengono riportate esperienze tratte da vari blog.

¹⁷ Per informazioni su queste associazioni si rinvia ai siti www.actainrete.it di ACTA, associazione all'avanguardia in Italia nella tutela dei lavoratori autonomi, alla cui azione si deve il risultato del mantenimento dei livelli contributivi, e www.ilquintostato.org.

Resta intatta la esclusione da qualsiasi forma di assistenza previdenziale. In sostanza, richiamando i dati numerici richiamati all'inizio, una larga fascia di lavoratori italiani si trova sostanzialmente esclusa dal sistema di tutela che, sia pure con le limitazioni ed i tagli imposti dalla legislazione liberista, presidia ancora il territorio del lavoro subordinato. Neppure la riforma delle provvidenze di fronte alla disoccupazione e l'introduzione dell'Aspi ha portato novità per i lavoratori autonomi, dal momento che questa prestazione è limitata ai soli lavoratori subordinati. Va, poi, considerato che a fronte di un aumento della contribuzione a carico di questi lavoratori in misura pari al 260% in quattordici anni, il livello delle pensioni assicurate a costoro dovrebbe attestarsi intorno al 36% dell'ultimo reddito, contro il 45% dei dipendenti¹⁸.

4. Considerazioni finali

In conclusione, la legge raccoglie solo in parte le istanze provenienti dal mondo del lavoro autonomo, che sta costruendo solo oggi efficaci strumenti di rappresentanza sindacale e collettiva. La legge si muove tutta sul crinale della distinzione tra lavoro autonomo privo dei requisiti della parasubordinazione e lavoro autonomo parasubordinato, costituito essenzialmente dal contratto a progetto, portando il primo, attraverso il doppio salto mortale della duplice presunzione, verso l'ambito del lavoro subordinato. Ancora una volta viene mostrato un ritardo che è, prima di tutto, culturale nel cogliere le peculiarità di questa tipologia di lavoro e di assicurare al lavoro autonomo una efficace gamma di tutela dei diritti essenziali al di fuori dello schema del lavoro subordinato.

Ancora una volta questa ampia fascia di lavoro, caratterizzato dalla giovane età dei suoi componenti, dalla forte presenza femminile, dalla estrema vitalità anche in un momento di crisi economica, viene di fatto lasciata fuori da sistemi di tutela del reddito e previdenziale. Al di fuori della presunzione prevista dal citato nuovo art. 69 *bis*, il lavoratore autonomo viene lasciato lì dove il legislatore lo ha trovato, senza l'assunzione di coraggio e responsabilità per dare risposte a problemi che restano ancora sul tappeto in tutta la loro complessità.

¹⁸ E. Marro, *Le minipensioni dei parasubordinati avranno appena il 36 per cento del reddito*, in *Corriere.it*, 28 ottobre 2010.

LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI DISCIPLINARI

di Anna Luisa Terzi

1. Premessa / 2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento nella giurisprudenza fino alla riforma Fornero / 3. La riforma dell'art. 18 operata dall'art. 1, co. 42 della l. n. 92/2012: la struttura della norma / 4. Gli obiettivi dichiarati della riforma / 5. Analisi testuale della nuova disciplina / 6. La interpretazione sistematica ed il principio di proporzionalità / 7. Il licenziamento discriminatorio: la giurisprudenza e le prospettive; il motivo illecito determinante / 8. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: breve inquadramento storico-sistematico

Caduto l'ordinamento corporativo, il codice civile del 1942 consegna al nuovo Stato repubblicano una unica disposizione sul potere disciplinare del datore di lavoro, l'art. 2106 c.c., che si inserisce nella più generale previsione della libera recedibilità dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Il criterio della proporzionalità nella applicazione della sanzione appare essere quasi più una raccomandazione, che un obbligo, essendo venute meno le norme corporative di riferimento e riducendosi la conseguenza della violazione della disposizione a una somma di danaro a titolo di risarcimento, pari alla perdita patrimoniale conseguente alla sanzione illegittima e quindi, al massimo, in caso di licenziamento, alla indennità sostitutiva del preavviso.

L'unica fattispecie per la quale vi è una tutela più intensa è quella del divieto di licenziamento durante il periodo di astensione obbligatoria per maternità (r.d.l. n. 850/29; r.d.l. n. 654/34).

Questo assetto normativo viene inciso a partire dagli anni '60 con nuove disposizioni che, muovendo inizialmente da casi specifici di tutela, arrivano a ribaltare completamente i principi fondamentali della disciplina del recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato, trasformandolo da recesso libero in recesso causale, con una tutela graduata, ripristinatoria o risarcitoria, in ragione della causa stessa del recesso, delle dimensioni, ovvero della natura dell'attività aziendale¹.

¹ Le principali discipline succedutesi nei decenni a sostegno di questa forma di garanzia di tutela contro il recesso illegittimo si rinvengono nella l. n. 7/63; nella l. n. 604/66; nello Statuto dei lavoratori, l. n. 300/70;

L'assetto normativo conseguente esprime l'aspirazione della classe politica allora al governo verso un'attuazione dei principi costituzionali (artt. 2, 3, 4, 36, 37, 38, 39 e 41), capace di ricondurre al rischio d'impresa i rischi di fluttuazione dei mercati, nei limiti della compatibilità economica, con garanzia della stabilità del rapporto di lavoro quale condizione per l'esistenza libera e dignitosa dei lavoratori: ciò che comporta il riconoscimento del luogo di lavoro come formazione sociale, nella quale il lavoratore esplica la sua personalità, con pari dignità, quale essere uguale, la cui posizione di subordinazione non può esorbitare dalla funzione propria del rapporto contrattuale, per la corretta esecuzione del quale è prevista².

In questo contesto le disposizioni in materia di divieto di licenziamento discriminatorio, che vengono disseminate secondo le diverse fattispecie nel corso di oltre un trentennio nei diversi testi normativi, costituiscono il livello di tutela più avanzato. L'elaborazione giurisprudenziale della nullità dell'atto negoziale motivato da ragioni di discriminazione vietata, e dunque della inidoneità dello stesso a produrre effetti giuridici, trova definitivo riconoscimento nell'art. 3 l. n. 108/90, che prevede la tutela ripristinatoria, attraverso la reintegrazione *ex art.* 18 L. n. 300/70, per tutti i casi di licenziamento discriminatorio, per tutti i lavoratori dipendenti, compresi i dirigenti e indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa.

Il passaggio dalla libera recedibilità al recesso causale comporta l'applicazione dei principi giuridici conseguenti al riconoscimento dell'efficacia dell'atto giuridico solo in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge e fra questi i due fondamentali della possibilità del controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'atto medesimo e della inidoneità del licenziamento illegittimo a produrre (*ab origine* o in forza dell'efficacia retroattiva della sentenza) l'interruzione del rapporto di lavoro.

La disciplina dei licenziamenti costituisce soltanto una parte degli interventi legislativi diretti alla tutela del lavoro subordinato³, ma ne è il supporto fondamentale in quanto garantisce, per i rapporti che godono della stabilità reale di cui all'art. 18 l. n. 300/70, la possibilità dell'esercizio di ogni altro diritto, senza timore (o con minor timore) di possibili ritorsioni. Il collante del sistema, nella prospettiva del legislatore, doveva essere il nuovo processo del lavoro riformato, concepito per assicurare tempi rapidi a garanzia della certezza dei rapporti giuridici e della effettività dell'esercizio dei diritti⁴. Si tratta, infatti, di normative fra loro tutte collegate e coerenti, il cui funzionamento, sotto il profilo del

nelle leggi di tutela delle lavoratrici: l. n.1204/71 e l. n. 903/77 fino ai d.lgs. n. 151/2001 e n. 198/2006; nella l. n. 108/90; nella l. n. 135/90; nella disciplina antidiscriminatoria dei d.lgs. nn. 286/98, 215 e 216/2003.

² Non si tratta di affermazioni "ideologiche", come oggi vengono qualificate nei dibattiti dei *talk show*, ma della elaborazione culturale degli ideali espressi nella Carta costituzionale coerenti non solo con le aspirazioni dei partiti dei lavoratori, ma anche con la dottrina sociale della Chiesa cattolica.

³ Per tutte v. le fondamentali leggi n. 1369/60 e n. 230/62 sulla interposizione di manodopera e sul contratto a tempo determinato.

⁴ Cfr. Corte cost. sent. nn. 63/66, 143/69 e 174/72, circa la decorrenza dei termini di prescrizione, fondate sul discrimine fra stabilità obbligatoria e stabilità reale. È del resto esperienza di tutti i giudici del lavoro che controversie a tutela dei crediti maturati, della professionalità, per *mobbing*, etc., sono introdotte a rapporto in corso solo da lavoratori garantiti da un regime di stabilità reale e solo a rapporto cessato negli altri casi.

risultato che si ambiva a conseguire, implicava necessariamente che ognuna trovasse tempestiva attuazione.

Dopo che nel 1963 era stata assegnata alla competenza del Pretore la cognizione sulle cause di licenziamento individuale e che con lo Statuto dei lavoratori era stata assegnata allo stesso giudice anche la competenza in materia di procedimento per condotta antisindacale, con la l. n. 533/73 fu introdotto per tutte le cause di lavoro ed equiparate, assegnate sempre al Pretore, un rito snello, disciplinato con pochi articoli, attuativo dei principi di oralità e di concentrazione, corredato di severe decadenze, temperate da un'ampia discrezionalità del giudice di disporre d'ufficio gli accertamenti ritenuti necessari per la decisione della causa. Uno strumento duttile ed elastico, suscettibile di adeguare forme e tempi alle peculiarità di ogni singolo procedimento.

È vero che lo strumento processuale, assegnato ad una magistratura specializzata e ad un giudice monocratico a garanzia della speditezza ed elasticità del rito, era stato introdotto con una finalità di certezza ed effettività dei rapporti e dei diritti nell'interesse del lavoratore, che da quei rapporti e diritti vedeva assicurata una esistenza libera e dignitosa per sé e per la propria famiglia, ma la necessità di una seria funzionalità di questo strumento per mantenere in equilibrio il sistema è emersa nei decenni successivi anche con riferimento agli interessi dei datori di lavoro: sì che il progressivo venir meno di questa funzionalità è divenuto uno dei motivi addotti a sostegno della necessità di riforme della disciplina sostanziale, segnatamente dell'art. 18 della l. n.300/70.

2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento nella giurisprudenza fino alla riforma Fornero

La elaborazione giurisprudenziale delle clausole generali introdotte dalla l. n. 604/66 si è svolta inizialmente in un clima politico e culturale in progressiva effervescenza, di cui non può che risentire, ed anche beneficiare la stessa magistratura. Era vivamente avvertita in quegli anni la necessità di rompere schemi formali consolidati di teoria generale del negozio giuridico, per affrontare un campo nuovo, caratterizzato, per quanto riguarda il licenziamento per motivi soggettivi, dalla necessità di esprimere valutazioni su condotte che devono molto spesso essere inserite in dinamiche relazionali fra persone, riferite a un contratto che implica un rapporto gerarchico e che, nel momento in cui viene denunciata l'incidenza sull'elemento fiduciario (ossia sull'affidamento sulla corretta esecuzione dell'obbligazione per il futuro), comportano scelte di valore nel temperamento degli opposti interessi.

Non diversamente che per qualsiasi altra materia per la quale deve essere consolidata l'interpretazione di disposizioni innovative, anche nella elaborazione della disciplina dei licenziamenti si sono creati contrasti, che hanno rappresentato invero tappe di assestamento progressivo dei principi di riferimento per l'applicazione delle nuove norme.

Uno dei contrasti giurisprudenziali più importanti ha avuto per oggetto l'applicazione dell'art. 7 dello Statuto al licenziamento, quando non previsto dal

contratto collettivo fra le sanzioni disciplinari. Il contrasto è stato infine risolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/82, che vara la definizione del licenziamento per ragioni attinenti alla condotta del lavoratore come licenziamento "ontologicamente" disciplinare, affermando, in uno dei passaggi fondamentali, che: *"La risposta affermativa deve essere data da chiunque ravvisi il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile nella coerenza tra le parti di cui si compone; valore nel dispregio del quale le norme che ne fanno parte degradano al livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3"*.

Successivamente a questa sentenza la giurisprudenza si è consolidata intorno ai seguenti principi, destinati via via a trovare applicazione uniforme: necessità di contestazione specifica e tempestiva ex art. 7; obbligo di rispetto dei termini; necessità di un espresso giudizio di proporzionalità della sanzione, che non può essere surrogato dalla valutazione astratta compiuta dal contratto collettivo, che al più può avere valore meramente indicativo.

Il potere disciplinare incontra dunque due limiti normativi, uno di natura procedimentale, di cui all'art. 7 l. n. 300/70, diretto a consentire l'esercizio del diritto di difesa, e l'altro di natura sostanziale, di cui all'art. 2106 c.c., volto ad imporre la proporzione fra sanzione e illecito: entrambi con lo scopo di garantire la pari dignità in un rapporto non paritario. In definitiva, il potere disciplinare deve essere esercitato con l'esclusiva finalità di ottenere il rispetto degli obblighi e dei doveri strumentali all'esatto adempimento della prestazione.

3. La riforma dell'art. 18 operata dall'art. 1, co. 42 della l. n. 92/2012: la struttura della norma

L'art. 1, comma 42, lett. b), della legge n. 92/2012 riproduce nei primi tre commi dell'art. 18 l. n. 300/70 la disciplina del licenziamento discriminatorio già in vigore, senza alcuna modifica, specificando che la stessa si applica anche al licenziamento intimato per motivo illecito determinante, in forma orale, ovvero nullo in forza di disposizioni di legge.

I successivi due commi dell'art. 18 si occupano del licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo. Le ipotesi contemplate sono le seguenti: a) insussistenza del fatto contestato o contestazione di una condotta punibile con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, b) altre ipotesi in cui viene accertato che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro.

Nella prima ipotesi il licenziamento deve essere annullato, e contestualmente deve disporsi la reintegrazione del lavoratore a cui spetta anche il pagamento di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto percepita, senza limite minimo delle cinque mensilità e con un limite massimo di dodici mensilità, detratto quanto il lavoratore abbia percepito o avrebbe potuto percepire se si fosse dedicato con l'ordinaria diligenza alla ricerca di un nuovo

posto di lavoro. Nella seconda ipotesi viene riconosciuta solo la indennità risarcitoria, in ammontare da un minimo di dodici a un massimo di ventiquattro mensilità, da determinarsi in relazione all'anzianità, al numero dei dipendenti occupati dall'azienda, alle dimensioni dell'attività economica, al comportamento e alle condizioni delle parti, con un relativo onere specifico di motivazione.

Ai commi 6 e 7 vengono disciplinate le ipotesi di illegittimità per vizi formali e per mancanza del giustificato motivo oggettivo⁵.

Il comma 42 in esame si prefigge di introdurre all'interno dell'art. 18 una disciplina complessiva dei licenziamenti, che si viene a sovrapporre in modo asistematico alla disciplina in vigore, in quanto ignora le varie disposizioni contenute nelle altre leggi, ad iniziare dagli artt. 2119 c.c. e 1 e 3 l. n. 604/66, la cui formulazione e la cui portata sul piano del diritto sostanziale vengono completamente trascurate. Nel contempo, la disposizione cerca di compendiare nel testo tutte le possibili conseguenze del licenziamento illegittimo, anche con previsioni di estremo dettaglio (ad es. per quanto riguarda le conseguenze sul piano contributivo).

Non vengono incisi direttamente, come detto, gli artt. 1 e 3 della legge del 1966, ma si introducono diverse tipologie di licenziamento attraverso la differenziazione delle tutele per il caso del licenziamento illegittimo.

Se si prescinde dal licenziamento discriminatorio o nullo, per cui rimane fermo il diritto sia alla reintegrazione, sia al risarcimento integrale del danno patito, la riforma introduce criteri di ristoro del pregiudizio patrimoniale subito dal lavoratore informati ad una drastica riduzione di tutela.

La discussione, che si è svolta dopo la presentazione del disegno di legge governativo, nel corso degli incontri con le parti sociali e durante i lavori parlamentari, è stata focalizzata dai mezzi di informazione sul mantenimento della tutela ripristinatoria e sull'alternativa della tutela solo indennitaria. Si è così trascurato di portare la dovuta attenzione sulle innovazioni relative alle conseguenze economiche del licenziamento illegittimo e sul diverso atteggiarsi delle stesse sotto molteplici profili, non sempre riconducibili a un disegno logico.

La riparazione di natura monetaria non è più soggetta alla disciplina generale in materia di responsabilità patrimoniale da inadempimento contrattuale, ma diviene di tipo meramente indennitario, con diversi limiti minimi e massimi, secondo tre distinte ipotesi: una indennità variabile da zero a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, che si accompagna al diritto alla reintegrazione (eventualmente monetizzabile su opzione del lavoratore in una ulteriore indennità pari a 15 mensilità); una indennità variabile fra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità interamente sostitutiva della reintegrazione e una indennità dimezzata, da 6 a 12 mensilità, sostitutiva della reintegrazione, quando il licenziamento è illegittimo solo per un vizio formale (eccettuato il licenziamento intimato in forma orale). La modulazione è quindi legata anche al diritto alla reintegrazione e limiti minimi sono previsti soltanto per le indennità interamente sostitutive.

⁵ Al riguardo si rinvia ai contributi in questo volume di G.Cannella, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, T.Orrù, *I licenziamenti per motivi di salute*, e di C. Ponterio, *Il licenziamento per motivi economici*.

La previsione di limiti massimi, del tutto svincolata dal pregiudizio reale subito e dai tempi necessari per ottenere il riconoscimento dell'illegittimità del licenziamento, assicura al datore di lavoro elementi sicuri di prognosi sulle possibili conseguenze che dovrà sopportare in caso di impugnazione del licenziamento e introduce, sotto questo profilo, una tutela del tutto unilaterale, in quanto i tempi di durata del processo e delle fasi precedenti avranno un'incidenza inversamente proporzionale rispetto all'utilità economica alla quale verrà commisurata l'eventuale indennità risarcitoria per entrambe le parti: il datore di lavoro vedrà decrementare proporzionalmente la sua esposizione patrimoniale, la cui incidenza viene diluita nel tempo, il lavoratore vedrà decrementare proporzionalmente il ristoro del danno subito, che rimarrà lo stesso indipendentemente dalla durata della sua disoccupazione.

La nuova disciplina ha sentito poi la necessità di richiamare espressamente i principi generali, già costantemente applicati dalla giurisprudenza, in materia di risarcimento del danno di cui agli artt. 1223 e 1227 c.c., senza peraltro una normativa uniforme in relazione alle diverse ipotesi di licenziamento illegittimo e senza incidere minimamente sugli oneri di eccezione e di prova che gravano sulle parti⁶. Appare infatti discutibile ipotizzare, trattandosi di circostanze che riguardano esclusivamente la liquidazione dell'indennità, che vi sia un obbligo per il giudice di attivarsi d'ufficio al fine di introdurre un accertamento su fatti non dedotti. Per quanto riguarda poi l'onere di diligenza del lavoratore nella ricerca e nel reperimento di altra occupazione (richiamato solo dal comma 4 per i licenziamenti disciplinari in caso di reintegrazione e dal comma 7 per l'indennità risarcitoria alternativa alla reintegrazione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo), si tratta di una evenienza che ben difficilmente, al di fuori di situazioni attualmente non ricorrenti di massima occupazione, potrà essere dimostrata in giudizio.

La menzione espressa dei principi generali appare quindi più diretta ad attivare un messaggio di tipo culturale che non ad avere una incidenza immediata nell'applicazione della norma, volto indubitabilmente a spingere verso operazioni di liquidazione al ribasso: non è contemplata alcuna circostanza per un possibile aumento dei limiti massimi in relazione al danno effettivo subito dal lavoratore ed è quindi evidentemente l'interesse aziendale al contenimento dei costi l'unico preso in considerazione. Un ulteriore elemento significativo in questo senso è dato dall'esplicito riferimento all'ultima retribuzione globale di fatto maturata (e ciò anche per i licenziamenti discriminatori, illeciti o nulli), che automaticamente

⁶ Trarre un filo logico che leghi i criteri previsti per le diverse ipotesi di indennità risarcitoria appare arduo, essendo ad esempio previsti criteri solo interni al rapporto di lavoro per quanto riguarda l'indennità sostitutiva della reintegrazione per i licenziamenti per motivi soggettivi o per la indennità sostitutiva della reintegrazione per il licenziamento illegittimo per motivi formali o inosservanza di norme procedurali ed essendo invece introdotto anche il criterio della ordinaria diligenza nella ricerca di altra occupazione per quanto riguarda la indennità sostitutiva della reintegrazione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, circostanza questa che impedisce di affermare che la indennità interamente sostitutiva abbia lo scopo di monetizzare il valore del posto di lavoro perso con criteri solo oggettivi a prescindere dalla condotta del lavoratore. E con la conseguenza illogica che la menzione espressa dei principi generali solo per alcune ipotesi rende difficoltoso poterli utilizzare anche per le ipotesi per le quali non sono richiamati. Si tratta di incongruenze che, anche accedendo all'ottica nella quale la riforma è stata presentata, non hanno spiegazioni plausibili.

esclude che possa essere considerato anche il lucro cessante per il mancato guadagno dovuto all'impossibilità di conseguire durante l'interruzione del rapporto miglioramenti retributivi.

Il risarcimento del danno è integrale (comma 4) per quanto concerne il rapporto previdenziale nei casi in cui viene disposta la reintegrazione. Non vi è alcun limite previsto espressamente ed è considerato esclusivamente, quale circostanza di diminuzione dell'onere patrimoniale di ricostituzione dell'intero rapporto assicurativo, il versamento dei contributi in ragione della diversa attività lavorativa svolta nel periodo intercorrente tra licenziamento e reintegrazione. È invece escluso il risarcimento (il comma 5 nulla dispone a differenza del precedente) per le ipotesi di indennità alternativa alla reintegrazione.

L'aver puntato l'attenzione solo sulla scelta preliminare del mantenimento o della sostituzione del diritto alla reintegrazione ha quindi del tutto obliterato la grande incisione del diritto del lavoratore a un risarcimento del danno congruo rispetto al pregiudizio patrimoniale effettivamente subito⁷.

4 . Gli obiettivi dichiarati della riforma

Prima di entrare nel dettaglio dell'analisi della disposizione a proposito delle ipotesi di licenziamento per motivi soggettivi, è opportuno prendere in esame le ragioni che hanno mosso questa riforma, indicate nella finalità di circoscrivere l'elemento di valutazione del fatto concreto da parte del giudice in connessione con la necessità per le imprese di poter stimare l'eventuale costo di un licenziamento illegittimo. Si è affermato, da un lato, che la giurisprudenza sarebbe del tutto inaffidabile e contraddittoria nella valutazione del caso singolo e, dall'altro, che la impossibilità di prevedere eventuali costi avrebbe sin qui determinato un disincentivo agli investimenti in Italia.

Queste essendo le ragioni addotte, parte della dottrina si è già molto sbilanciata nell'affermare che, con la nuova disposizione, la reintegrazione sarebbe una forma di tutela solo residuale, circoscritta sostanzialmente al licenziamento discriminatorio, e che sarebbe quindi preclusa al giudice ogni valutazione *ex art.* 2106 c.c., dovendo la proporzionalità essere valutata soltanto ai fini della determinazione della sanzione applicabile al datore di lavoro (indennità risarcitoria)⁸. Secondo questa linea interpretativa si dovrebbe distinguere la nozione di fatto materiale addotto per il licenziamento dalla qualificazione del fatto come giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, rimanendo sostanzialmente precluso il sindacato su questa seconda e quindi rimanendo

⁷ Avere escluso dall'area delle modificazioni il licenziamento discriminatorio ed introdotto la previsione espressa del licenziamento per motivo illecito determinante consente di affermare (non diversamente dal passato) per tali ipotesi l'applicabilità dell'art. 1225 c.c. qualora ne ricorrano i presupposti.

⁸ In particolare è questa la tesi di A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, Riv. it. dir. lav., 2012, I, p. 415, scritto destinato al *Liber amicorum* di Marcello Pedrazzoli, Milano, Franco Angeli, in corso di pubblicazione; P. Ichino, *La Riforma dei licenziamenti*, Relazione al Convegno del Centro Studi di Diritto del Lavoro Domenico Napoletano, Pescara 11 maggio 2012. La tesi è condivisa anche da M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Liber amicorum* di Marcello Pedrazzoli, cit.; Franco Liso, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *csd.le.lex.unict.it*; A. Piccinini, *Le modifiche all'art. 18*, in *www.bollettinoadapt.it*; M. Meucci, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in *www.altalex.com*.

esclusa la valutazione di questo elemento sul regime sanzionatorio. La reintegrazione sarebbe possibile soltanto nel caso di insussistenza del fatto materiale contestato. Viene anche affermato che lo scopo della riforma è proprio quello di precludere al giudice ogni valutazione in merito alla proporzionalità del licenziamento.

Queste opinioni ovviamente tendono a svalORIZZARE il riferimento ai contratti collettivi ed ai codici disciplinari, affermando che si tratterebbe di ipotesi residuali da circoscrivere alla espressa previsione di una sanzione conservativa per la specifica mancanza oggetto di contestazione. In mancanza della previsione contrattuale dell'illecito, con sanzione conservativa, la reintegrazione non sarebbe consentita e la sproporzione fra illecito e sanzione sarebbe da valutare nella liquidazione dell'indennità.

Si tratta quindi di vedere se queste affermazioni siano compatibili con il testo della norma e se consentano una interpretazione sistematica delle nuove regole coerente con i principi dell'ordinamento giuridico, con la disciplina il rapporto di lavoro e dei contratti in genere. E ciò in ossequio alla necessità di ricondurre la norma a "sistema" (come dice la Corte Costituzionale) per non arrivare a conseguenze aberranti sul piano logico, giuridico formale e a irrazionali disparità di trattamento di ipotesi identiche.

5. Analisi testuale della nuova disciplina

La formulazione della disposizione è particolarmente infelice nel momento in cui l'operatore del diritto, giudice o avvocato, si trova a dover individuare fattispecie concrete per la conseguente applicazione.

Innanzitutto la formula "il fatto non sussiste" contenuta nella norma deve essere riferita non al fatto contestato in senso materiale, ma piuttosto alla contestazione della violazione di un obbligo contrattuale (se è contestata una condotta che non costituisce violazione di un obbligo contrattuale il "fatto disciplinare" non sussiste): diversamente avremmo come conseguenza che il licenziamento sarebbe legittimo per condotte giuridicamente irrilevanti nel rapporto contrattuale (come tali non contemplate dal codice disciplinare), quando effettivamente sussistenti, mentre sarebbe illegittimo qualora la condotta, sussistente e costituente inadempimento contrattuale, fosse riconducibile a una ipotesi di illecito punibile in base al contratto collettivo solo con una sanzione conservativa. La conseguenza sarebbe aberrante.

Considerazioni analoghe vanno svolte per comprendere nella formula "il fatto non sussiste" anche l'ipotesi del "non aver commesso il fatto". Ossia il "fatto disciplinare" non sussiste in quanto non è riferibile come fatto materiale al lavoratore a cui è stato mosso l'addebito. Questa seconda ipotesi, pur essendo scomparsa dal testo licenziato dal Parlamento, è di assoluta evidenza. Una diversa interpretazione porterebbe anche in questo caso a conseguenze aberranti.

In secondo luogo il riferimento ai contratti collettivi, come fonte di immediata integrazione per l'applicazione della norma quanto a fattispecie concrete oggetto di contestazione, sembra pensata da qualcuno che non ha mai letto le disposizioni

in materia di sanzioni disciplinari degli accordi sindacali. Le casistiche dei contratti collettivi, infatti, non hanno affatto formule di descrizione analitica delle condotte punibili o elencazioni tassative, sul tipo delle fattispecie penali, ma hanno formule estremamente ampie e prevedono contestualmente per molteplici ipotesi di illeciti disciplinari, se non per la totalità degli stessi, sanzioni progressive secondo la gravità (ad es., in tema di insubordinazione). È palese che previsioni di questo genere non consentono alcun automatismo nel passaggio dalla disposizione di legge alla scelta del regime sanzionatorio per il licenziamento, non essendo nemmeno desumibile dalla clausola contrattuale quale sia la nozione di riferimento, prima ancora che misurarne l'importanza e le conseguenze sul vincolo fiduciario. Ma anche nei casi in cui è rinvenibile, nell'uno o nell'altro contratto collettivo, un riferimento specifico, a condotte sufficientemente individuabili sul piano oggettivo per il contenuto delle stesse, questo riferimento è normalmente neutralizzato dalla equiparazione sul piano sanzionatorio con condotte individuate solo genericamente, per le quali viene richiesta una valutazione in concreto della gravità delle medesime⁹.

In altri termini: il richiamo ad un contratto collettivo non può funzionare come ponte di integrazione della norma legislativa, con una sorta di automatismo che escluda una valutazione di gravità da parte del giudice, se il contratto collettivo richiamato pone sullo stesso piano condotte fra loro eterogenee per quanto riguarda la loro gravità, sotto il profilo della incidenza sull'elemento fiduciario del rapporto. Non può essere considerato logico e coerente che per condotte contemplate all'interno di una stessa clausola contrattuale e sanzionate tutte nello stesso modo, solo per alcune in quanto genericamente descritte venga consentita una valutazione in concreto della gravità dell'illecito, mentre per altre, in quanto apparentemente specifiche, questo esame venga espressamente escluso. L'esempio, che viene fatto da taluni commentatori, del furto punito con il licenziamento, per il quale, se non prevista una valutazione sulla entità, si dovrebbe automaticamente applicare la sanzione espulsiva, dà ampiamente conto di queste incongruenze, in quanto in realtà le condotte sussumibili sotto questo titolo di illecito, apparentemente specifico, possono essere le più diverse¹⁰.

⁹ Si veda, ad es., il contratto collettivo dipendenti aziende industriali tessili e affini che prevede accanto ad ipotesi che sembrerebbero abbastanza specifiche la *"grave violazione degli obblighi di cui all'art. 134"*, che è così anodinamente formulato: *"Il lavoratore ha l'obbligo di osservare nel modo più scrupoloso i doveri connessi con la sua mansione, di usare modi cortesi con la clientela, di rispettare scrupolosamente le disposizioni amministrative e di legge specie per quanto attiene ai lavoratori a contatto con merci alimentari sempre che gli adempimenti siano di competenza per mansione ed inquadramento."*

Il lavoratore ha l'obbligo di conservare diligentemente le dotazioni strumentali e i materiali di consumo, di cooperare alla prosperità dell'impresa."

Il lavoratore ha l'obbligo di uniformare il proprio comportamento con i colleghi al massimo rispetto delle possibili differenze di razza, sesso, religione e cultura che possano esistere tra i colleghi."

È altresì obbligatorio il rispetto del Testo Unico n. 196/03 per i dipendenti che per motivi di lavoro vengano a conoscenza dei dati sensibili dei propri colleghi."

¹⁰ La casistica è la più varia spaziando dalla sottrazione di danaro dalla cassa, all'appropriazione di beni strumentali già destinati alla discarica, dalla sottrazione di utensili o materiale pregiato in lavorazione alla appropriazione di pane mezzo consumato dal tavolo della mensa, pane che sarebbe stato destinato altrimenti ai rifiuti, e così via.

Appare, dunque, evidente che l'attuale stato dei contratti collettivi non consente quell'automatismo valutativo che è stata una delle motivazioni di questa riforma.

Le norme dei contratti collettivi attuali necessariamente vanno interpretate ed applicate ex artt. 1362 e ss. secondo i principi già elaborati e consolidati in giurisprudenza, principi a partire dai quali sono del resto state concepite e formulate dalle parti sociali. E questo nonostante la eliminazione, nel testo di legge approvato dal Parlamento, del riferimento alla legge, oltre che ai contratti collettivi, quale fonte per la individuazione di condotte punibili solo con sanzioni conservative, eliminazione che qualcuno ha voluto leggere come volontà di escludere la possibilità di esprimere valutazioni sulla gravità della condotta in applicazione dell'art. 2106 c.c.

L'art. 1, comma 42, in commento fa riferimento alle "condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni di", mentre l'art. 2106 stabilisce un criterio di valutazione delle condotte e non un elenco tassativo o non tassativo di illeciti punibili con la sanzione conservativa. L'assenza di riferimenti alla "legge" è dunque irrilevante: nessuna norma di legge prevede illeciti disciplinari specifici, con relativa sanzione e l'art. 2106 c.c., che non è stato direttamente o indirettamente abrogato, mantiene immutato il suo ambito applicativo.

Difficilmente realizzabile è, d'altro canto, l'auspicio che i contratti collettivi futuri vengano ad assolvere alla funzione che con la nuova disposizione viene ad essi assegnata, di immediata e completa integrazione delle fattispecie legali, in modo da eliminare ambiti valutativi di gravità rimessi al giudice: le stesse fattispecie di reato, in qualsiasi ordinamento statuale, non riescono a esaudire questo desiderio di trasformare attraverso automatismi sanzionatori il giudice in *bocca della legge* e debbono necessariamente rimettere a quest'ultimo la valutazione di una serie di circostanze oggettive e soggettive in base alle quali la pena deve essere graduata.

Se allo stato attuale il riferimento ai contratti collettivi, intesi come contratti collettivi nazionali, non appare, dunque, essere incisivo e portatore di sostanziali cambiamenti nella disciplina attuale delle tipologie di licenziamento per motivi soggettivi e non appare suscettibile di avere fecondi sviluppi in questo senso nemmeno nel futuro, trattandosi sempre di testi contrattuali di natura normativa generale, con formulazioni necessariamente astratte o generiche, sanzionate in modo graduato secondo la gravità, appare molto insidioso invece il riferimento ai "codici disciplinari", in quanto secondo l'accezione comune il codice disciplinare può essere un atto unilaterale del datore di lavoro, non frutto di un accordo sindacale, e quindi in astratto può contenere qualsiasi tipo di illecito a piacimento di chi lo predispone. E altrettanto insidioso è il riferimento generico ai contratti collettivi, che potrebbe comprendere accordi di qualsiasi livello, in un contesto normativo che consente, con l'assai discussa disposizione dell'art. 8 l. n. 148/11, accordi aziendali o territoriali, teoricamente anche nella materia disciplinare, in base a criteri di rappresentatività non chiari¹¹.

¹¹ In definitiva, se anche con qualche sforzo si può ipotizzare che contratti collettivi nazionali, che si riferiscono a settori diversi, possano sanzionare diversamente condotte analoghe in quanto diversamente incidenti sull'elemento fiduciario nell'ambito di settori produttivi non omogenei, questa ipotesi può sicuramente verificarsi nell'ambito di un medesimo settore produttivo o di aziende a identica produzione solo per il fatto

6. La interpretazione sistematica ed il principio di proporzionalità

Occorre, quindi, dare un minimo di ordine a questa materia in modo da non arrivare alle conseguenze aberranti in parte indicate.

Per ricondurre a unità il sistema è necessario fare un passo indietro e ricollocare le norme in esame, per quanto riguarda il sistema disciplinare, nell'ambito della disciplina generale dei contratti, di cui queste norme costituiscono declinazione per la peculiarità del rapporto.

Nel rapporto di lavoro è data a una sola delle parti la possibilità di determinare unilateralmente una modifica delle obbligazioni contrattuali, temporanea o definitiva, in relazione all'interesse che la stessa ha all'esatto adempimento dell'obbligazione ossia all'esatto adempimento della prestazione di lavoro. In nessun altro contratto questo potere ha un contenuto così incisivo¹².

La *ratio* di questo potere è stata individuata nella particolarità della prestazione di lavoro, il cui contenuto viene di volta in volta determinato dal datore di lavoro, secondo scelte insindacabili, essendo il dipendente tenuto solo a porre a disposizione le proprie energie e capacità lavorative. La osservanza diligente delle istruzioni impartite e l'impiego con altrettanta diligenza delle capacità acquisite per ottenere il risultato prefissato dal datore di lavoro in un rapporto continuativo sono quindi garantiti dalla possibilità di quest'ultimo di infliggere punizioni per assicurarsi l'esatto adempimento, ossia sanzioni per evitare le quali il lavoratore non incorrerà in negligenza o eviterà per il futuro di incorrere in negligenza.

Questo ampio potere previsto dall'art. 2106 c.c. è stato ridimensionato con gli artt. 1 e 3 l. n. 604/66 e 7 e 18 Stat. lav., che da un lato hanno sottratto all'arbitrio la tipologia delle mancanze e delle sanzioni e, dall'altro, han reso obbligatorio un procedimento caratterizzato da immediatezza e chiarezza per quanto riguarda l'addebito e la successiva applicazione dell'eventuale sanzione. Come rilevato, lo Statuto si situa in una epoca storica, in un momento socio-politico in cui si è realizzata la volontà politica di attuazione dei valori costituzionali; in sostanza, le citate disposizioni costituiscono solo declinazioni all'interno del rapporto di lavoro dei principi generali in materia di contratti di cui agli artt. 1322, 1324, 1453 e 1455 c.c., principi in forza dei quali all'atto negoziale, in genere, ed alla volontà di risoluzione del rapporto, in particolare, viene riconosciuto effetto in quanto perseguano interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Del tutto chiaro in questo senso è l'art. 3 l. n. 604 che subordina il licenziamento per giustificato motivo soggettivo ad un "notevole inadempimento", nozione correlativa nel rapporto di lavoro del concetto di inadempimento di non scarsa

che accordi di prossimità o codici disciplinari prevedono sanzioni diverse per condotte analoghe, se non identiche. Ciò comporterebbe una delega della valutazione, in astratto e non in concreto, della gravità, a una delle due parti del rapporto, il datore di lavoro, o a organizzazioni o rappresentanze di cui potrebbe essere discussa la rappresentatività, senza possibilità di controllo giurisdizionale.

¹² Anche per altri tipi di contratto sono previste forme di cd. autotutela di diritto privato, al fine di consentire alla parte non inadempiente di intervenire sul contenuto o sui tempi della sua obbligazione per assicurarsi la realizzazione o conseguire la garanzia della realizzazione dell'interesse economico giuridico perseguito con il contratto. Il potere disciplinare del datore di lavoro ha però sicuramente una peculiarità e una estensione che oltrepassano le forme ordinarie.

importanza, avuto riguardo all'interesse della parte destinataria dell'obbligazione, di cui all'art. 1455 c.c. E la nuova formulazione del comma 4 dell'art. 18, per quanto già indicato, va letta in relazione alla definizione di giustificato motivo contenuta nell'immodificato art. 3, con la conseguenza che oggetto dell'accertamento (il fatto sussiste o non sussiste) non è il fatto materiale, ma il fatto disciplinare ossia il "notevole inadempimento agli obblighi contrattuali".

Nel momento in cui il recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato è passato da essere un recesso libero a essere un recesso causale ed è stata data rilevanza alle ragioni del recesso, oggetto di garanzia tramite controllo giurisdizionale, il licenziamento è diventato un atto unilaterale riconducibile nel suo esercizio ad un interesse meritevole di tutela.

Riguardo alla meritevolezza di questo interesse le disposizioni citate impongono che vengano adottati criteri di proporzionalità fra gli inadempimenti contestati e le sanzioni applicate. Non qualsiasi inadempimento può giustificare il licenziamento, ma solo l'inadempimento che può ritenersi "notevole".

Non vi è alcuna disposizione dell'ordinamento giuridico che consenta di arrivare ad una interpretazione delle nuove regole tale da negare questi principi per un unico contratto o rapporto contrattuale, ossia proprio per il rapporto di lavoro subordinato.

In questo senso è particolarmente apprezzabile la sottolineatura che alcuni autori fanno della disciplina in materia di licenziamento discriminatorio e motivo illecito determinante¹³.

7. Il licenziamento discriminatorio: la giurisprudenza e le prospettive; il motivo illecito determinante

La riforma Fornero nulla ha mutato sostanzialmente, eccetto che per la retribuzione da assumere quale parametro per il risarcimento¹⁴, per quanto riguarda i licenziamenti discriminatori (benché organi di stampa e dichiarazioni da *talk shows* abbiano più volte proposto la notizia di un miglioramento della disciplina in esame).

La materia del licenziamento discriminatorio non è però una materia nella quale la giurisprudenza si sia cimentata, affrontando questioni di definizione teorica delle fattispecie, di applicazione delle norme specifiche e di valutazione della prova che, avendo per oggetto l'elemento soggettivo, è necessariamente una prova indiziaria *ex art. 2729 c.c.* E proprio sotto questo profilo, è difficilmente condivisibile la posizione della dottrina (¹⁵) che suggerisce la possibilità di equiparazione fra mancata prova della giusta causa o del giustificato motivo

¹³ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass (Pisa, 7-9 giugno 2012), in www.aidlass.it.

¹⁴ Va però osservato che il riferimento all'ultima retribuzione di fatto maturata riproduce sostanzialmente la prassi di allegare esattamente quest'importo da parte dei lavoratori, anche se, in linea teorica, non si poteva precedentemente escludere il diritto al risarcimento anche per il mancato guadagno dipendente dalla non fruizione di miglioramenti retributivi nel frattempo intervenuti.

¹⁵ M.T. Carnici, *op. cit.*, p. 23.

soggettivo di recesso e licenziamento discriminatorio. Insuperabili in questo senso sembrano tre rilievi.

Innanzitutto la mancata prova di un fatto non equivale alla prova di un fatto diverso e nemmeno a una presunzione semplice dell'esistenza di un fatto diverso. Verità processuale e verità storica non coincidono, il passaggio dalla affermazione della non prova di un fatto alla prova di un fatto diverso contiene quindi un salto logico. E sotto questo profilo appare molto difficile anche configurare una presunzione semplice per difetto di univocità, atteso che la inesistenza di un fatto quale giudizio solo negativo è troppo generica ed è compatibile con più letture diverse (ossia con molteplici fatti positivi), rilievo questo ancor più importante quando l'oggetto indiziato è un elemento psicologico (una volontà discriminatoria). La mancata prova della condotta contestata non equivale quindi alla prova di un intento discriminatorio.

In secondo luogo, non ogni discriminazione è vietata ma solo quelle attuate per motivi non consentiti¹⁶.

In terzo luogo, verrebbe per questa via introdotta una disparità di trattamento per ipotesi analoghe, per alcune delle quali la discriminazione non sarebbe comunque ravvisabile: ad es., nell'ipotesi in cui l'illecito fosse stato commesso, ma il datore di lavoro l'avesse contestato a un lavoratore che non ne è l'autore. Non vi sarebbe motivo in questo caso di introdurre due tutele differenziate, una, perché il fatto non sussiste, o l'altra, perché il lavoratore non l'ha commesso. Ed è evidente che l'errore (ovviamente non doloso ma colposo) nell'individuazione dell'autore non può essere ritenuto motivo discriminatorio.

Inoltre, un unico indizio non sarebbe sufficiente *ex art. 2729 c.c.* ad integrare la prova e nemmeno da solo, *ex art. 4 d.lgs. n. 216/2003*, a costituire "elementi di fatto idonei" a fondare la presunzione dell'esistenza di atti, fatti o comportamenti discriminatori, con la conseguenza che nei casi dubbi il principio dell'onere della prova rischierebbe di operare comunque a svantaggio del lavoratore.

Non è da escludere, tuttavia, che introducendo una disciplina che differenzia la tutela in ragione dell'esistenza o inesistenza della natura discriminatoria del licenziamento non venga introdotto in futuro un nuovo contenzioso, nel tentativo di arrivare alla tutela piena rispetto alla quale, formulata come domanda principale, rimarrebbe comunque preservata la tutela minore, chiesta in via subordinata e prevista per l'assenza di giusta causa o di giustificato motivo, per i quali l'onere della prova è sempre a carico del datore di lavoro (art. 5 l. n. 604/66). In altri termini, è probabile che in futuro venga sottoposta alla giurisprudenza una casistica significativa e che i giudici si trovino ad introdurre prove e ad enucleare criteri di valutazione attraverso strade prima poco percorse, capaci di portare a modificazioni dell'orientamento attuale sotto vari profili.

Uno di questi, assai problematico, è quello della diversità di trattamento di situazioni uguali. Se da un punto di vista astratto non può essere messo in discussione il principio della inesistenza di un obbligo di parità di trattamento da

¹⁶ Ad es., il riferimento alle "convinzioni personali" di cui al d.lgs. 216/2003 ed alla direttiva 2000/78/CE, criterio a confini non predefinibili, amplia notevolmente l'ambito del divieto di discriminazione, che rimane però circoscritto alle ragioni considerate.

parte del datore di lavoro privato, appare abbastanza evidente come si determini una intersezione, nel momento applicativo della norma, fra l'affermazione astratta del principio e l'analisi del caso concreto, quando la disparità di trattamento può atteggiarsi a ulteriore indizio di una volontà discriminatoria. Non va infatti trascurato, e in questo senso la mancata prova della giusta causa o del giustificato motivo può assurgere a un ruolo importante, che nella pluralità di indizi prevista dall'art. 2729 c.c., la univocità di significato può essere argomentata e desunta da una valutazione e lettura degli stessi congiunta, qualora il significato di ognuno venga ricostruito in termini di non compatibilità di una diversa interpretazione del medesimo con la contemporanea coesistenza degli altri o per il semplice concorso degli altri.

Particolarmente e immediatamente apprezzabile, nell'ambito della disamina della disciplina del licenziamento discriminatorio¹⁷, è però l'analisi sul motivo illecito determinante, che è una nozione che nella giurisprudenza del lavoro è stata utilizzata prevalentemente per l'ipotesi di licenziamento ritorsivo.

La diatriba sulla necessità che il motivo illecito, oltre che determinante, sia anche esclusivo è in realtà di poco momento, atteso che è automatico che, se sussiste un illecito disciplinare che di per sé giustifichi il licenziamento, la sussistenza anche della soddisfazione del datore di lavoro di liberarsi di un lavoratore sgradito per motivi non consentiti sia sostanzialmente irrilevante, esistendo una ragione che di per sé sola è sufficiente¹⁸. Poca rilevanza ha quindi l'omessa specificazione della natura non solo determinante, ma anche esclusiva del motivo illecito.

È invece importante sottolineare che la formulazione dell'art. 1, comma 42, e l'inserimento del motivo illecito sono stati voluti come garanzia per i lavoratori a un uso non distorto del potere di recesso, a seguito di lunghe discussioni e trattative, e si tratta di elementi che danno rilevanza al concetto di interesse e di serietà dell'interesse nell'esercizio del potere disciplinare. Il motivo illecito determinante è stato aggiunto alle ipotesi di discriminazione vietata, oltre che ai casi di nullità, e non è quindi espressivo di uno stesso identico concetto. Configura una sorta di previsione di chiusura, che mette in primo piano la necessità che il datore di lavoro non persegua scientemente interessi non tutelati dall'ordinamento, in contrasto con gli interessi di rilevanza costituzionale.

La nozione di illiceità va rinvenuta negli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c. e consiste nella contrarietà dell'atto negoziale "a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume" o nella elusione, attraverso serie negoziali o uso strumentale di atti astrattamente leciti, della "applicazione di una norma imperativa". Il concetto ha due poli: è vietata la lesione di un interesse tutelato in capo ad altro soggetto e ritenuto prevalente, ed è vietato anche perseguire la realizzazione di un interesse proprio non consentito dall'ordinamento.

Si tratta, quindi, di stabilire quali siano le norme imperative in materia di licenziamento. Ebbene, considerati l'apparato sanzionatorio previsto per la

¹⁷ Per approfondimenti si rinvia al contributo in questo Volume di L. Calafà.

¹⁸ Ed essendo quindi indimostrabile il contrario; in questo senso vi è del resto un elemento normativo negli artt. 54, comma 3, lett. a) d.lgs. 151/2001 e 35 d.lgs.198/2006, in tema di parità di genere.

violazione ed il disposto dell'art. 2113 c.c., si devono ritenere imperative tutte le disposizioni che definiscono i presupposti per la legittimità del licenziamento. Al datore di lavoro è inibito perseguire scientemente, attraverso l'atto di recesso, non solo la finalità dell'interruzione del rapporto per motivi vietati di discriminazione, ma anche la finalità della interruzione per ragioni non riconosciute dall'ordinamento come meritevoli di tutela, in quanto non costituenti giusta causa o giustificato motivo di licenziamento definiti dagli artt. 2119 c.c. e 1 e 3 l. 604/66, ossia in violazione o elusione delle norme poste a tutela del diritto del dipendente alla stabilità del rapporto di lavoro.

La ipotesi del motivo illecito determinante è residuale, in ragione della difficoltà di una sua applicazione diretta e dell'onere della prova che ne consegue, ma introduce un riferimento che deve costituire la chiave di lettura dell'insieme della disciplina del licenziamento disciplinare. L'intento doloso determina la nullità del recesso e l'applicazione del più rigoroso regime sanzionatorio, ma attiene esclusivamente all'elemento soggettivo di elusione che motiva l'atto negoziale (e che giustifica la maggiore severità della sanzione), non attiene alla identificazione oggettiva dell'interesse perseguibile con il licenziamento/atto negoziale in quanto ritenuto dall'ordinamento meritevole di tutela.

Sul piano oggettivo i presupposti di legittimità del licenziamento disciplinare rimangono definiti dagli artt. 1 e 3 l. n. 604/66 e 2106 c.c. L'elemento soggettivo, dolo o colpa, è irrilevante. Il licenziamento rimane vincolato al perseguimento di un interesse inerente all'attività aziendale ed al regolare funzionamento dell'attività aziendale, interesse leso dalla condotta gravemente inadempiente del lavoratore. Così come, analogamente a quanto accade per il licenziamento discriminatorio, sussistendo una giusta causa di recesso, l'elemento soggettivo non può venire in considerazione; altrettanto, in assenza dei presupposti oggettivi, il licenziamento è illegittimo, a prescindere dalla natura dell'elemento soggettivo, che se sussistente nella forma del dolo determinerà solo l'applicazione di una più severa sanzione.

Pertanto, va escluso che si possa precludere al giudice la valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta costituente illecito disciplinare, essendo riconosciuto dall'ordinamento l'interesse aziendale solo con questo limite *ex art. 2106 c.c.* Il licenziamento intimato per una condotta di scarsissima importanza, per ragioni di discriminazione vietata o al solo fine di disfarsi di un lavoratore non gradito in elusione della disciplina limitativa dei licenziamenti, si differenzia dal licenziamento illegittimo per sproporzione soltanto sul piano dell'elemento soggettivo, non sul piano oggettivo dell'assenza del presupposto del recesso (illecito disciplinare che non consente la prosecuzione del rapporto per prognosi negativa sull'elemento fiduciario).

Sostenere che in queste ipotesi "colpose", quando manca una esplicita previsione del contratto collettivo o del codice disciplinare, sarebbe possibile solo la tutela indennitaria (si rientrerebbe nelle "altre ipotesi" di cui al nuovo comma 5 dell'art. 18), da un lato urta contro il silenzio delle nuove disposizioni, dall'altro, sul piano dell'interpretazione sistematica, non spiega perché in questa materia

dovrebbe sussistere un tale divario di tutela in presenza di identica oggettiva violazione di norma imperativa.

Questa interpretazione¹⁹ è l'unica che consente di inserire la disciplina del nuovo art. 18 in modo armonico nel sistema della disciplina generale dei contratti, non potendosi escludere solo per il contratto di lavoro parte della disciplina generale, sicuramente non incompatibile con la natura del rapporto di lavoro, a detrimento di quella che è ancor oggi la parte più debole del rapporto e finendo in sostanza con legittimare l'arbitrio di quella più forte.

All'interno di questa impostazione andranno recuperati, secondo le caratteristiche proprie di ogni caso concreto, i principi in materia di contestazione e tempestività della contestazione, quali criteri significativi della sussistenza e gravità dell'illecito con riferimento alla serietà dell'interesse che il datore di lavoro vuole tutelare con la sanzione e con riferimento alla lesione del vincolo fiduciario. Perché è evidente che se la contestazione è del tutto generica, non pertinente o intempestiva non vi è più solo, pur ricorrendo anch'esso, un vizio formale bensì vi è un indizio serio della scarsa importanza dell'interesse datoriale all'applicazione della sanzione, quale strumento per ottenere l'esatto adempimento, con conseguente non corrispondenza fra questo interesse ed eventualmente una sanzione definitiva di licenziamento. E queste violazioni possono essere anche un indizio, da valutare insieme ad altri, del possibile uso strumentale e quindi per fini non consentiti del potere disciplinare.

8. Osservazioni conclusive

Resta quindi da chiedersi se la scelta fra reintegrazione e sola indennità sia di fatto residuale. E la risposta pare essere positiva²⁰.

Dalle considerazioni appena svolte consegue, infatti, che, anche quando vengono indicate ipotesi di sbarramento alla valutazione del giudice, come nell'eventualità in cui il contratto collettivo o il codice disciplinare prevedano quale unica sanzione il licenziamento²¹, appare impossibile escludere l'applicazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106, ogni qualvolta si tratti di condotte oggettivamente inidonee a incidere sull'elemento fiduciario. Una diversa interpretazione creerebbe degli evidenti problemi di illegittimità costituzionale.

Sembra, quindi, che l'intento non possa realizzarsi nell'attuale assetto normativo della disciplina del rapporto di lavoro, a partire dalla formulazione letterale dell'art. 3 l. n. 604/66, e della disciplina generale dei contratti.

Questa conseguenza non è certo dovuta a preconcetta ostilità rispetto alle nuove norme, ma piuttosto discende da una tecnica di intervento legislativo che pretende di inserire nuove disposizioni, prescindendo completamente dal contesto organico di riferimento, contesto organizzato secondo principi di gerarchia delle fonti e fondato sul principio di interpretazione sistematica, che

¹⁹ Che nega alla radice le tesi di una parte della dottrina sopra richiamata.

^{20v.} V. Speciale "La riforma del licenziamento individuale fra diritto ed economia" in RIDL 2012,I, 521

²¹ Non risultano a chi scrive contratti collettivi nazionali o accordi territoriali o aziendali che non prevedano sempre sanzioni da graduare secondo la gravità in concreto dell'illecito disciplinare.

impone di eliminare in via ermeneutica possibili irrazionali disarmonie di risultato e di scegliere fra più possibili alternative la soluzione compatibile con i principi costituzionali e con le norme di diritto internazionale, ad iniziare da quelle comunitarie.

Il controllo giurisdizionale sull'atto di diritto privato non può essere eliminato se dell'atto vengono definiti normativamente i presupposti.

L'art. 2106 c.c. è norma che definisce normativamente i presupposti di legittimità del licenziamento disciplinare. Al controllo giurisdizionale non possono essere imposti vincoli incompatibili con la sua funzione²².

Questa viene a configurarsi come l'unica interpretazione compatibile con l'art. 24 della Carta sociale europea e con l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, perché pur non vincolando queste disposizioni sul tipo di tutela (ripristinatoria o risarcitoria) da accordare in caso di licenziamento illegittimo, non appare dubitabile che il diritto ad essere licenziati solo in caso di un motivo giustificato sia garantito dall'art. 24 proprio attraverso la possibilità di ricorrere ad un organo imparziale, la cui cognizione non può quindi essere impedita attraverso limiti irrazionali.

Appare comunque doveroso confutare almeno una parte delle ragioni che sono state addotte per giustificare la nuova disciplina.

È del tutto inveritiero che vi siano contrasti di giurisprudenza sui principi fondamentali, sopra richiamati, in materia di licenziamento disciplinare. Ciò che è vero è che nella casistica si trovano molteplici diverse valutazioni di fattispecie concrete più o meno assimilabili dal punto di vista classificatorio (furto, pericolo per gli impianti, rissa, etc.). Ciò è intrinseco alla natura dell'attività giurisdizionale, che non è applicazione di principi astratti in modo automatico, ma è accertamento della fattispecie concreta, riconduzione della fattispecie concreta alle norme da applicare, ponderazione delle peculiarità di ogni singolo caso in relazione a interpretazione ed applicazione delle norme. La pretesa di avere dei criteri che consentano automatismi valutativi astratti, capaci di superare la mediazione del momento valutativo in concreto, rimesso al giudice, è francamente incomprensibile ma soprattutto appare illusoria e non sembra che i contratti collettivi oggi in vigore o che potranno essere in vigore domani possano assicurare, per la loro genericità e vaghezza, una qualche certezza maggiore nella gestione di ogni singolo concreto rapporto giuridico.

Le nuove disposizioni devono in conclusione essere lette, in armonia con il canone espresso dall'art. 30, comma 3, l. 183/2010, da tempo peraltro enunciato dalla giurisprudenza, in forza del quale *"nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione"*.

²² Le considerazioni svolte fanno sorgere spontanee alcune perplessità sull'ambito di operatività dell'art. 8 l. 148/2011: sarebbe ben singolare che alla contrattazione di prossimità venisse riconosciuta la facoltà di derogare indiscriminatamente a qualsiasi norma imperativa e addirittura ai principi fondamentali della disciplina generale di contratti.

Si tratta di un criterio che obbliga ad una valutazione complessa e ad una motivazione specifica, che funge da orientamento nella ponderazione della fattispecie concreta, ma che non determina alcun automatismo applicativo.

Le considerazioni svolte sulle modificazioni della disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo consentono di affermare che uno degli obiettivi assegnati alla riforma dai suoi fautori, anche prima del governo Monti, è stato raggiunto. Oggi il “costo” del licenziamento è preventivabile. Nulla ha però a che vedere con il “costo” del licenziamento la farraginosa disciplina delle varie ipotesi del licenziamento disciplinare introdotte dall’art. 1. Il problema del “costo” del licenziamento, pur accedendo acriticamente a quest’ottica aziendalistica, non dipende dalla valutazione del giudice, fisiologicamente suscettibile anche di revisione nei vari gradi, ma dalla disciplina della responsabilità patrimoniale in caso di recesso illegittimo e dai tempi del processo.

In un contesto normativo nel quale vengono previsti stretti termini di decadenza e per la maggior parte delle ipotesi di licenziamento illegittimo viene contenuto il risarcimento del danno, non sembra che vi sia una ragione plausibile per introdurre tutte le differenziate ipotesi di difficile applicazione, che comporteranno necessariamente contrasti giurisprudenziali prima che si addivenga a una ricomposizione, anche attraverso la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, con un risultato contrario a quello voluto e sbandierato di una maggiore certezza dei rapporti giuridici.

SUL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

di Laura Calafà

1. Premessa: il licenziamento discriminatorio come “argine” alla riduzione delle tutele del lavoro / 2. L’art. 18 riscritto e il licenziamento discriminatorio dei genitori / 3. Il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento nullo / 4. I divieti di discriminazione tra licenziamento e contrattazione di prossimità.

1. Premessa: il licenziamento discriminatorio come “argine” alla riduzione delle tutele del lavoro

La seconda metà della XVI legislatura dimostra una inusuale attenzione nei confronti dei divieti di discriminazione. I segnali espliciti sono almeno due ed entrambi sembrano assolvere ad una medesima funzione¹.

L’art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, contenente *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo* (cd. manovra di Ferragosto), convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, è un disposto problematico nella prospettiva della inderogabilità dei livelli di tutela del lavoro, approvato dopo la firma dell’accordo interconfederale siglato tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il precedente 28 giugno. Oggetto di attenzione della dottrina lavoristica, seppur non costante², tale disposizione oggi non risulta abrogata, né dichiarata incostituzionale e, quindi, mantiene immutata la potenziale capacità derogatoria

¹ Tra i segnali impliciti o solo indiretti e/o considerati settoriali in tema e, di conseguenza, non oggetto di particolare attenzione scientifica, possiamo annoverare la trasposizione della dir. 2006/54 a seguito dell’approvazione del d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5. Si consenta il rinvio a L. Calafà, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili sostanziali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2010, p. 537, in cui si enfatizza il valore sistematico e pratico-applicativo dell’aggiunta di un comma 2 bis all’art. 25 rubricato *Discriminazione diretta e indiretta*.

² Sulla tecnica di redazione dell’art. 8 molto si è già detto, enfatizzando in particolare l’aspetto di privazione della residua certezza del diritto ad un ramo che già soffriva di tale difetto da anni. Senza dimenticare, come è stato ben sottolineato, che occorre confrontarsi con un intero contesto ostile alle tecniche tradizionali di tutela del lavoro, considerato che “l’essenza della decisione politica d’agosto non si coglie nelle parole di cui si compone, per quanto esplicite esse siano. La sua essenza sta nella reazione complessiva che sarà dato registrare oltre la dizione letterale approvata dal Parlamento. Alla fine, un messaggio passerà. Quale?”: U. Romagnoli, *L’inquinamento delle falde del diritto*, in *Il Manifesto*, 29 settembre 2011; più di recente, Id. *La deriva del diritto del lavoro (perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in *Lavoro e diritto*, 1/13, in corso di pubblicazione. Sul linguaggio di genere delle recenti riforme, G. De Simone, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 589. La costante produzione di regole in materia di lavoro ha certamente concorso ad attenuare l’attenzione scientifica nei confronti dell’art. 8 d.l. n. 138/11 catalizzata dai contenuti della successiva l. n. 92/12, *Riforma del mercato del lavoro in prospettiva di crescita*.

attribuita dal legislatore al contratto collettivo decentrato cd. di prossimità³. A prescindere da ogni verifica di legittimità o solo di opportunità e/o di effettivo funzionamento della contrattazione decentrata derogatoria, del vincolo del rispetto della Costituzione e delle convenzioni internazionali sul lavoro e dell'ampio e ricco reticolato di vincoli derivanti dalle normative comunitarie (o, meglio, dell'Unione europea), sul quale è veramente difficile pronunciarsi in termini compiuti. In questa sede, in particolare, ci si limita a segnalare l'alto tasso di confusione/complicazione per gli operatori del diritto che certamente può derivare da una sua piena applicazione, soffermandosi comunque sul richiamo contenuto nella lett. e), del comma 2 dell'art. 8.

Dopo aver riconosciuto che le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti la organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento (non si sa se tassativo o meno) a "a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro", il legislatore aggiunge: *"fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento"*.

Dall'elenco contenuto nell'art. 8 ed evidenziato nel corsivo aggiunto da chi scrive, è facile desumere che le figure del licenziamento in esso comprese rappresentano delle "eccezioni" all'abbassamento delle tutele del lavoro⁴, una sorta di *argine* ultimo posto alla contrattazione di prossimità caratterizzata dalle deroghe alla legislazione e alla contrattazione collettiva nazionale in vigore.

L'elenco stilato nell'estate del 2011 (licenziamento discriminatorio, per causa di matrimonio, per causa di maternità, paternità e cura dei figli anche adottivi) pare non coincidere esattamente con quello pensato solo qualche mese dopo nelle more dell'elaborazione del d.d.l. 3249 di *Riforma del mercato del lavoro in prospettiva*

³ La letteratura in tema di art. 8 e di contrattazione di prossimità è estesa. Si rinvia, per la loro matrice generale o per il rilievo di carattere sistematico a F. Carinci, *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Milano, Ipsoa, 2012; O. Mazzotta, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. dir.*, 2012, p. 19; A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 132/2011.

⁴ Sul rilevante peso specifico dell'eccezione, sia in prospettiva giuridica sia mediatica in termini di peso sull'appetibilità dell'assunzione di lavoratrici da parte delle aziende, G. De Simone, *op. cit.*, p. 604, che sottolinea la identità di logica dei due interventi: per "i licenziamenti discriminatori la tutela forte e piena è stata garantita, si dice, ed in più estesa alle dipendenti di qualunque datore di lavoro: dimenticando molti, a partire dal Ministro, che già l'art. 3 della l. 108/90 lo prevedeva".

di crescita⁵. Il “licenziamento discriminatorio e licenziamento altrimenti nullo” rappresentano (prima) l'*unica* area di stabilità reale garantita nella prima versione del d.d.l. e si trasformano (poi) nell'*area comunque garantita* di stabilità reale dopo la modifiche apportate in sede parlamentare con emendamenti proposti dalla stesso Governo che hanno portato all'approvazione della l. 3 luglio 2012, n. 92⁶.

Le eccezioni al generale funzionamento delle regole nelle specifiche materie si assomigliano, ma non sono identiche e, pur essendo del tutto simili le esigenze che tendono a soddisfare, il contesto nel quale risultano inserite tende considerevolmente a modificarne il significato. Lo stesso elenco e la tecnica redazionale utilizzata dal legislatore del 2012 cambiano. Alla indicazione sommaria della fattispecie nell'intervento legislativo più recente si aggiunge, in funzione di supporto, la disposizione di riferimento: il licenziamento discriminatorio è quello disciplinato “ai sensi dell'art. 3 della l. 11 maggio 1990, n. 109, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni”.

Nel modificato art. 18 appare centrale non la fattispecie, ma il vizio dell'atto sul quale si costruisce il nuovo impianto della tutela offerta dallo Statuto dei lavoratori in caso di recesso del datore di lavoro. Il legislatore, in particolare, evita ogni riferimento all'art. 15 dello Statuto, così come lo ha evitato nell'estate del 2011, e si concentra sulle disposizioni sanzionatorie vigenti, aggiungendo in funzione di chiusura del sistema un riferimento generale alla nullità dell'atto di licenziamento “ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile”⁷.

Della rinnovata versione dell'art. 18 molto, se non tutto, è già stato detto e scritto sia in termini di linea di politica del diritto che ha ispirato le modifiche, sia in ordine ai problemi interpretativi originati dalla tecnica di redazione compromissoria del disposto, tutto incentrato sulla moltiplicazione/scomposizione delle reazioni dell'ordinamento ad un atto

⁵ Il d.d.l. 3249 è stato presentato alle Camere il 5 aprile 2012 e risulta approvato, con modifiche, in data 27 giugno 2012. La pubblicazione in GU è del 3 luglio 2012.

⁶ Sulle vicende politiche che hanno preceduto e accompagnato la presentazione del d.d.l. 3249 e della successiva l. n. 92/12, si rinvia a L. Mariucci, *È proprio un vero bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 415.

⁷ L'art. 1, comma 42, l. n. 92 dispone che il “giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della l. 11 maggio 1990, n. 109, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro”.

illegittimo del datore di lavoro, a partire dalla modifica della stessa rubrica dell'art. 18⁸. Non è questa la sede per riproporre tali elaborazioni⁹.

L'oggetto del presente contributo è diverso e, per certi versi, parziale: il licenziamento discriminatorio in sé e per sé nel contesto delle recenti riforme del lavoro e non la riforma del mercato del lavoro con particolare riguardo alla flessibilità in uscita che si sofferma *incidentalmente* sul licenziamento discriminatorio. Proprio con riguardo al licenziamento discriminatorio è stato scritto che "essendo, ora, la valorizzazione di possibili profili antidiscriminatori la via più certa per la «tutela forte» di cui al 1° comma dell'art. 18, sarà senz'altro opportuno un diverso approccio alla materia" a ciò aggiungendo, a guisa di postilla alquanto sibillina, "anche senza arrivare a ritenere la sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato"¹⁰.

Interrogarsi sulla portata del licenziamento discriminatorio, e *solo* del licenziamento discriminatorio, appare importante nell'ottica di un recupero di una consolidata marginalità scientifica di un "istituto combinato", che nasce dalla intersezione tra divieti di discriminazione e recesso del datore di lavoro¹¹. La intersezione delle due aree tematiche consente, in primo luogo, di misurare la diversa incidenza del diritto dell'Unione europea in materia, alta nel primo (diritto antidiscriminatorio), decisamente bassa nel secondo (il licenziamento) anche perché l'istituto non risulta regolato direttamente *ex lett. d)* dell'art. 153 TFUE. A prescindere dall'apporto dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali

⁸ La lett. a) dell'art. 1, comma 42, dispone la sostituzione della rubrica "Reintegrazione nel posto di lavoro" con "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo".

⁹ Si rinvia a C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. Carinci, M. Miscione, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, p. 30; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 521; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, *ibidem*, p. 415. Per una prima verifica in ordine alla frammentazione delle tutele predisposte in tema di licenziamento dalla l. n. 92/, v. M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 441.

¹⁰ Cfr. A. Piccinini, *Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, in A. Allamprese, I. Corraini, L. Fassina (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la legge n. 92/2012*, Ediesse, Roma, 2012. La postilla sibillina è alla tesi proposta da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa 7-9 giugno 2012, in www.aidlass.org, sulla quale ci si soffermerà nel § 3.

¹¹ Specificamente dedicato al licenziamento discriminatorio anche in termini di confronto con il diritto dell'Unione europea, A. Lassandari, *Il licenziamento discriminatorio*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. Mainardi, Giappichelli, Torino p. 151; si segnala, altresì, G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Giappichelli, Torino, 2001 p. 105, per una trattazione del licenziamento a partire dal funzionamento dei divieti di discriminazione; L. Corazza, *Licenziamento discriminatorio*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, vol. III, *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Torino, 1998, p. 349, in una logica tutta domestica di analisi del licenziamento discriminatorio tra disciplina speciale (art. 4, l. 604/66, art. 15, l. 300/70 e art. 3, l. 108/90) e funzionamento dei principi generali del diritto comune in tema di illiceità del negozio "che si affiancano e si intersecano con la tutela speciale" (p. 349). Come si vedrà di seguito (*infra* § 2), il licenziamento discriminatorio presuppone certamente l'applicazione "del più ampio apparato sanzionatorio previsto per gli atti discriminatori nel rapporto di lavoro", ma tale apparato risulta significativamente modificato dal diritto dell'Unione europea e tale incidenza non ha trovato ancora un equilibrato punto di convergenza teorica nella produzione dottrinale e giurisprudenziale domestica. In generale, A. Lassandari, *Il licenziamento discriminatorio*, cit., in particolare p. 163 per una compiuta analisi critica della giurisprudenza nazionale; per gli aspetti processuali si legga A. Guariso, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili processuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2010, p. 577. Per le recenti modifiche in tema di procedimenti *ad hoc* in materia di discriminazioni, M. Acierno, *Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011?*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, n. 4, p. 27.

ancora compiutamente da verificare nella materia *de qua*¹², l'istituto del licenziamento non può comunque considerarsi indifferente al diritto dell'Unione europea, dato che è riconosciuta una rilevanza cd. indiretta dello stesso legittimata da altri ambiti disciplinari (i lavori temporanei, il diritto antidiscriminatorio)¹³.

La scelta di concentrarsi sul licenziamento discriminatorio consente, altresì, di verificare la stessa solidità giuridica dell'argine costruito dal legislatore all'abbassamento delle tutele del lavoro autorizzate mediante legittimazione della contrattazione collettiva di prossimità oppure seguite allo sfaldamento dell'istituto della reintegra del lavoratore e della lavoratrice illegittimamente licenziati. La consapevolezza delle cesure dogmatiche esistenti tra i due sistemi evidenziate da anni dalla dottrina¹⁴, degli equivoci argomentativi sui quali si fonda la giurisprudenza nazionale nella specifica materia¹⁵ e della stessa genetica difficoltà di ricostruire l'assetto di regole esistenti, poco conosciute e di difficile lettura¹⁶, paiono rendere la scelta del legislatore più azzardata che rassicurante, un terreno alquanto impervio sul quale è chiamata ad esercitarsi la magistratura nazionale già nell'immediato futuro.

2. L'art. 18 Statuto riscritto ed il licenziamento discriminatorio dei genitori

Con l'entrata in vigore della l. n. 92/12, il 18 luglio 2012, è stato chiarito che alla dichiarazione di "nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della l. 11 maggio 1990, n. 109, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle

¹² L. Calafà, *sub art. 30*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012 (in corso di pubblicazione).

¹³ Sulla regolazione cd. indiretta del licenziamento individuale, v. G. Orlandini, *Il licenziamento individuale in Europa*, Relazione sul seminario dell'ELLN (Frankfurt a. M. 24-25 novembre 2011), pubblicato in www.europeanrights.eu/public/commenti/Licenziamento_in_Europa.pdf, più di recente, Id. *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale dir. lav. e di rel. ind.* 2012, p. 619. Una lettura della manualistica specializzata in diritto del lavoro dell'Unione europea aiuta a confermare tale affermazione. Si rinvia alla più recente edizione di M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, 2012, Padova, Cedam, in particolare p. 329 e 399, con riguardo ai profili problematici dell'applicazione del principio della parità di trattamento nel rapporto di lavoro e relativamente alla giurisprudenza in tema di tutela delle lavoratrici gestanti e puerpere.

¹⁴ M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, 1991, Milano, Giuffrè; per una sintesi riveduta delle teorie elaborate in anni e contesti diversi in materia, M. Barbera, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, p. 723, con chiara rilevanza attribuita *ex post* alla crescente incidenza del diritto dell'Unione europea, come dimostra la stessa riscoperta del valore sistematico di una pronuncia della Corte di giustizia del lontano 1983 largamente sottovalutata da tutta la dottrina dell'epoca (causa 163/82 *Commissione CE c. Repubblica italiana*). L'indice della sottovalutazione è misurabile dalla unicità dei contributi ad essa dedicati: M. De Luca, *La «parità di trattamento» tra lavoratori e lavoratrici nell'ordinamento italiano: prime osservazioni su una sentenza «assolutoria»*, in *Foro it.*, 1984, IV, p. 119. Per una ricostruzione "retrospettiva" della vicenda, L. Calafà, *Il diritto antidiscriminatorio nazionale "instabile"*. Cronologia degli interventi legislativi recenti e procedure di infrazione in corso, in L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, 2009, Ediesse, Roma, p. 57 ss.

¹⁵ A. Lassandari, *Il licenziamento discriminatorio*, cit., in particolare p. 163.

¹⁶ L. Calafà, *Il recesso, i diritti al rientro e il lavoro notturno dei genitori-lavoratori*, in L. Lenti (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, vol. 6 del *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2° ed., 2012, Milano, Giuffrè, p. 1011; in precedenza, F. Guarriello (a cura di), *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 499.

disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni” segue la reintegra del lavoratore e della lavoratrice licenziati, il risarcimento del danno subito in base ad un’indennità “commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative” ed in ogni caso “la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto”, oltre all’eventuale indennità sostitutiva di 15 mensilità “la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro” (art. 18, commi 1, 2, 3).

Al licenziamento discriminatorio *ex* comma 42, art. 1, si accede attraverso un chiarimento effettuato dal legislatore in materia di sanzioni: l’art. 18 e la relativa reintegra si applicano al licenziamento discriminatorio, al licenziamento dei genitori-lavoratori ed a quello per causa di matrimonio. Peccato che questa precisazione, come è stato acutamente scritto, che “avrebbe potuto essere la conferma dell’art. 18 come «norma di chiusura» di tutte le fattispecie di illegittimità, arrivi il giorno ... del suo funerale”¹⁷.

Per la dottrina maggioritaria¹⁸, il nuovo articolato non innova rispetto alla configurazione della fattispecie del licenziamento discriminatorio, ma chiarisce definitivamente che al licenziamento dei genitori ed a quello per causa di matrimonio si applica l’art. 18 dello Statuto, le uniche tipologie di recesso già esistenti per le quali una tale applicazione risultava esclusa da una costante giurisprudenza nazionale, in particolare di legittimità, tesa a salvaguardare l’autonomia del sistema della nullità generale da quella speciale riconducibile all’art. 3 l. n. 108/90¹⁹.

Proprio il trattamento complessivo offerto al licenziamento dei genitori-lavoratori pare confermare la portata del principale effetto prodotto dall’entrata in vigore dell’art. 18 dalla Riforma Monti-Fornero ovvero la sostanziale incidenza sulle posizioni di una giurisprudenza consolidata e costante in materia volta ad escludere l’applicabilità dell’art. 18.

Oggi si può affermare con relativa tranquillità che la teoria della separazione dogmatica tra i sistemi del licenziamento discriminatorio e licenziamento a causa della genitorialità (estendendo l’affermazione anche al licenziamento per causa di

¹⁷ A. Piccinini, *Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, cit., p. 3.

¹⁸ A. Piccinini, *op. loc. cit.*; M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexycurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, cit., p. 461; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., p. 566; aperta all’integrazione tra i due sistemi, nonostante la lettera della legge, E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. Carinci, M. Miscione, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, p. 47. Sul superamento della separazione, L. Calafà, *Il recesso, i diritti al rientro e il lavoro notturno dei genitori-lavoratori*, cit.

¹⁹ Per G. De Simone, *Il lavoro femminile nella riforma Fornero*, cit., p. 603, la riscrittura del disposto appare “perniciosa”, anche se non modifica la nozione e il regime del licenziamento discriminatorio. Non è chiaro se l’impatto prodotto sulla disciplina sanzionatoria del licenziamento dei genitori-lavoratori e su quello per matrimonio sia o non sia considerato un tratto del regime del licenziamento discriminatorio. Il rinvio costante e adesivo alle posizioni di M.V. Ballestrero nella stessa rivista inducono a considerare la risposta positiva.

matrimonio, meno rilevante dal punto di vista pratico), perde la parte più significativa del suo *appeal*²⁰.

Che l'incidenza delle modifiche recenti sia sulla interpretazione giudiziaria di disposti sostanzialmente intonsi è dimostrabile da una breve rassegna della più recente giurisprudenza in materia²¹. In effetti, a fianco di alcuni tentativi della giurisprudenza di merito di utilizzare senza pregiudizi storico-applicativi i diversi strumenti offerti dal legislatore, si è mantenuta pressoché intatta la tendenza della giurisprudenza di legittimità a rifiutare ogni commistione tra disciplina di tutela della maternità e disciplina antidiscriminatoria, anche a rischio di mettere in dubbio il *se* ed il *quantum* di tutela offerta alla lavoratrice (ancora non sono segnalati casi di licenziamento del padre lavoratore)²². Alcune pronunce paiono paradigmatiche e meritano di essere riportate per favorire la comprensione di quanto appena affermato: Cass. 18 settembre 2004, n. 18537, ribadisce la specialità e l'autonomia del regime giuridico apprestato dall'art. 54 d.lgs. 151/2001 (licenziamento nullo) rispetto al licenziamento discriminatorio²³. Ciò comporta l'inapplicabilità dell'art. 18 St.lav. con conseguente riammissione in servizio della lavoratrice licenziata e la necessità del datore di lavoro di risarcire il danno da quantificarsi in base ai principi della responsabilità contrattuale (artt. 1223 ss. c.c.). In particolare deve essere provato il mancato guadagno patito dalla lavoratrice dal momento dell'espulsione fino alla riammissione in servizio²⁴. Sull'affermazione della reciproca autonomia dei due sistemi di tutela (licenziamento per nullità e licenziamento discriminatorio) ha sempre gravato l'equivoco sul campo di applicazione ridotto dell'art. 18 (oggi solo ribadito dal comma 1 dell'art. 18 modificato): Cass. 16 novembre 2002, n. 16189,²⁵ e Cass. 1 giugno 2004, n. 10531,²⁶. Si ricorda, invece, per la giurisprudenza di merito, in particolare, la limpida sentenza del 6 marzo 2002 del Tribunale di Pisa che ha definito come discriminatoria la mancata assunzione (dopo una serie di complicate cessioni aziendali, vere o solo fittizie alternate con successioni di lavoro irregolari e regolarizzati anche attraverso la stipula di un contratto di formazione e lavoro privo dei contenuti formativi) di una lavoratrice in gravidanza in base all'art. 15 St.lav. con conseguente applicazione dell'art. 18²⁷. Il presupposto della scelta emerge chiaramente dalla lettura della sentenza: le complesse vicende degli assetti proprietari hanno reso di fatto inapplicabile la

²⁰ Ripetendo le parole di E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, cit. p. 47.

²¹ Per una disamina approfondita della giurisprudenza più datata si rinvia a L. Calafà, *Il recesso, i diritti al rientro e il lavoro notturno dei genitori-lavoratori*, cit.

²² Non direttamente rilevante appare il caso trattato da Cass. n. 16207/2008, relativamente all'uso del congedo parentale da parte del padre in sostituzione della moglie, titolare di un'attività commerciale con conseguente licenziamento per giusta causa del lavoratore; si rinvia a L. Calafà, *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 277.

²³ La sentenza può leggersi in Guida al diritto, 2004, con nota di D. Gottardi.

²⁴ Nello stesso senso, Trib. Milano 16 aprile 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 617 con nota di Rolandi.

²⁵ In *Mass. Giust. Civ.*, 2002; nella sentenza si legge che il ripristino del rapporto di lavoro a seguito di licenziamento affetto da nullità è indipendente dalla dimensione aziendale "configurandosi in modo diverso dalla reintegrazione di cui all'art. 18 St.lav."

²⁶ In *Mass. Giust. Civ.*, 2004.

²⁷ In *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 771 con nota di P. Greco. Altrettanto limpida la pronuncia successiva, Trib. Pisa 8 marzo 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 850, per un licenziamento intimato nell'anno successivo alla nascita del figlio. Sul punto A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2010, p. 125.

disciplina di tutela tradizionale con i suoi rigidi presupposti temporali alle due gravidanze della ricorrente; essendo, però, l'atto della mancata riassunzione (sostanzialmente un licenziamento) palesemente discriminatorio. Dal complessivo trattamento riservato alla lavoratrice emerge una "particolare diffidenza" del datore di lavoro nei confronti di chi "oltre a lavorare, si preoccupa del suo destino personale mettendo al mondo dei figli". In questo caso, il giudice tenta di valorizzare la "comune natura antidiscriminatoria degli atti di licenziamento" come emerge dal resuscitato art. 18 della l. n. 53/2000²⁸.

Oltre alla omologazione della sanzione²⁹, con conseguente incidenza sulle posizioni giurisprudenziali, giova chiedersi se l'intervento del legislatore del 2012 incida sulla stessa distinzione dogmatica tra licenziamento discriminatorio ed altre tipologie di licenziamenti "speciali" inserite nel disposto, tutte fattispecie elaborate in un lontano passato più avvezzo alle formule giuridiche di tutela della lavoratrice madre impennate, fino alla sua abrogazione nel 2001, sulla l. n. 1204/71³⁰.

Anche per questa seconda questione, appare assai significativa proprio la vicenda del trattamento del licenziamento di padri e madri a causa della propria genitorialità che, esclusa dal testo letterale dell'art. 3 della l. n. 108/90, ha portato ad un consolidamento della separazione tra il sistema dell'assetto di regole di tutela predisposto contro il licenziamento per gravidanza ed il diritto antidiscriminatorio, sviluppatosi molto più tardi³¹.

²⁸ Per un recente e ulteriore approfondimento della giurisprudenza di legittimità in materia, E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, cit., p. 47. Sull'incidenza nel percorso argomentativo della giurisprudenza di legittimità del trattamento (solo presunto) di miglior favore offerto alla lavoratrice e della mancata precisazione da parte di Corte cost. n. 61/91 degli effetti della nullità dell'atto dopo aver affermato la illegittimità della sola inefficacia del licenziamento, L. Calafà, *Il recesso, i diritti al rientro e il lavoro notturno dei genitori-lavoratori*, cit., in particolare p. 1023 e p. 1040, anche per la vicenda della reviviscenza dell'art. 18 l. n. 53/2000.

²⁹ Come scrive M. V. Ballestrero, *Declinazioni di flexycurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, cit., p. 461.

³⁰ Doveroso un richiamo a M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità*, Il Mulino, Bologna, 1979.

³¹ Si è già riconosciuto che nella l. n. 1204/71 non viene nominata la disciplina del licenziamento discriminatorio (nato nella l. n. 604/66 e ribadito nella l. n. 300/70) perché nel 1971 ci si è semplicemente limitati a riproporre la nozione e il sistema della legge del 1950, confermando la separatezza. Si tratta di una scelta che appare comprensibile se si pone mente al fatto che la nozione stessa di discriminazione è datata 1977 e solo in quell'anno viene modificato l'art. 15 St.lav., estendendolo alle discriminazioni per sesso. Lo Statuto, e soprattutto la l. n. 604/66, avevano come punto di riferimento il licenziamento discriminatorio comminato per rappresaglia politico-sindacale. Onestà intellettuale induce però ad aggiungere che, probabilmente, un risultato diverso non sarebbe stato raggiunto nemmeno invertendo quest'ultima sequenza di atti legislativi, considerando cioè il 1990 anno ipotetico di nascita della nozione ampia, oggettiva e composta della discriminazione per sesso e il 1991 anno di elaborazione della modifica dello Statuto dei lavoratori e della introduzione di una fattispecie autonoma di licenziamento discriminatorio (legge di parità n. 125). Questa affermazione consente il collegamento con un'altra delle causali della impermeabilità degli assetti interpretativi segnalata: la difesa della specialità dei sistemi normativi procede parallela alla svalutazione dell'elaborazione della teoria della discriminazione per sesso. Per una ricostruzione di diverse tracce della medesima svalutazione, v. M. Barbera, *La sfida dell'eguaglianza*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 245 e, più di recente, Ead., *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, cit. La consapevolezza scientifica di questa svalutazione sistematica del diritto antidiscriminatorio consiglia di ridimensionare anche l'ottimismo di chi afferma che "la giurisprudenza ha adeguatamente rappresentato la rilevanza del fenomeno discriminazione nel momento della risoluzione del rapporto": G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., p. 105. Tra le cause della impermeabilità tra sistemi occorre, quindi, anche inserire la scarsa attenzione della giurisprudenza verso le elaborazioni teoriche "collaterali", cui d'altronde concorre anche una dottrina a tutt'oggi restia a valorizzare la connessione tra teorie antidiscriminatorie ed elementi interpretativi diversi dal singolo e isolato riconoscimento del valore sociale della maternità, evitando altresì di sviluppare le uniche affermazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale del 1991 non idealmente collegate alla stagione normativa degli anni Cinquanta. Un recente e raffinato esempio di svalutazione della sistematica del diritto antidiscriminatorio pare la teoria elaborata da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit. Un

Tale separazione pare riproposta nel testo del comma 42 come formula quasi di stile. Nel senso che la riproduzione pedissequa di ripartizioni dogmatiche private dal diritto dell'Unione europea di ogni margine di legittimità, non può che giovare alla tesi contraria, sostenuta in questa sede, della valorizzazione della comune matrice antidiscriminatoria in ragione del sesso o genere delle diverse tipologie di licenziamento in esso elencate. Concorrono a sostenere questa conclusione una folta serie di disposizioni di direttive Ue, così come interpretate dalla Corte di Giustizia anche di recente³². Per limitarsi ad una ricognizione dei molteplici indicatori utilizzabili da parte della magistratura a sostegno di tale conclusione in prospettiva meramente domestica si ricordi l'asimmetria vietata del trattamento tra padre e madre in materia di licenziamento così come regolato nell'art. 54 d.lgs. n. 151/2001, l'art. 3 dello stesso testo unico e, infine, la recente trasposizione nazionale della dir. 2006/54/CE.

L'aggiunta contenuta nel comma 2 *bis* all'art. 25 del cd. codice della pari opportunità è recuperata nella correzione dell'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, in cui già ci si riferiva "allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza"³³. Il legislatore ha attribuito rilevanza diretta ed espressa alla discriminatorietà di "ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità e paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti"³⁴. Il superamento del regime di separatezza tra disciplina di tutela dei genitori nel caso di licenziamento e divieto di discriminazioni in base al sesso o genere e genitorialità non poteva essere affermato in modo più netto.

Anche se già ricavabile in via interpretativa dal confronto con l'art. 3 d.lgs. n. 151/2001, tale precisazione è da valutare con estremo favore, dato che rafforza le pretese avanzate dai genitori-lavoratori nelle aule giudiziarie, semplificando le richieste anche dal punto di vista probatorio e procedurale, consentendo altresì di arginare la discrezionalità dei giudici in materia di qualificazione del licenziamento discriminatorio. È quello del licenziamento, in effetti, il vero e forse unico banco di prova dell'impatto del diritto antidiscriminatorio sul contenzioso

esempio non di svalutazione dogmatica, ma piuttosto "emozionale" del diritto antidiscriminatorio pare quella ribadita anche di recente da L. Mariucci, *È proprio un vero bad text?*, cit., p. 430, che viene qualificata come "disciplina virtuale per lo più di lusso, applicabile a realtà già tutelate, come quella del pubblico impiego, l'unico settore in cui non a caso, hanno trovato qualche attuazione le misure relative alle cd. pari opportunità" a causa anche dell'attuale congiuntura economica.

³² Per la ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si rinvia a F. Savino, *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, in M.V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 81.

³³ Sul valore dell'inserimento dell'art. 25, comma 2 *bis*, concorda M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexycurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, cit., p. 461. In precedenza, negli stessi termini, L. Calafà, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili sostanziali*, cit., p. 537.

³⁴ Il testo è solo ispirato dalla lett. c) dell'art. 2, comma 2, della dir. 2006/54, dato che non ne riproduce il disposto letteralmente, ma ne amplia in modo condivisibile i contenuti anche tenendo conto del successivo art. 16 rubricato *Congedo di paternità e adozione*. In base alla lett. c), la discriminazione comprende "qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della dir. 92/85/CE. In tema di discriminazione collegata alla maternità si rinvia a M. Peruzzi, *Sul licenziamento "discriminatorio" della lavoratrice madre*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 833, e L. Forte, *Il licenziamento illegittimo della lavoratrice madre e le sue conseguenze*, *ibidem*, p. 895, entrambi contributi dedicati a recenti sentenze dei giudici di merito; sulla relazione tra tutela dei genitori lavoratori e tutela antidiscriminatoria si consenta un rinvio a L. Calafà, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, cit., p. 499.

lavoristico essendo l'istituto sul quale si concentra la quasi totalità delle cause attivate e decise davanti alle Corti nazionali³⁵.

La tesi sostenuta in questa sede (riconducibilità del licenziamento dei genitori all'area del diritto antidiscriminatorio) *oltre* l'omologazione delle sanzioni e già *prima* delle modifiche all'art. 18, è destinata a produrre un impatto rilevante nelle aule giudiziarie e i tempi di assimilazione non saranno certamente brevi e le scelte altrettanto sicuramente non indolori. La riconducibilità del licenziamento legato alla genitorialità alle discriminazioni per sesso impone agli interpreti di utilizzare con maggior favore l'apparato processuale tipicamente legato ai divieti di discriminazione, compresa la parziale inversione dell'onere della prova prevista dal diritto dell'Unione europea e riproposta a livello nazionale dall'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 per quanto concerne il sesso o genere³⁶.

L'affermazione faticosa di un sistema di regole non solo sostanziali, ma soprattutto processuali differenziato ha già trovato i primi ostacoli. Come tale va, in effetti, valutata l'ordinanza del Tribunale di Milano del 24 maggio 2010³⁷ che rigetta l'applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 198/2006 ad un caso di contestazione della collocazione in cassa integrazione di una lavoratrice in gravidanza. Il Tribunale pare evitare di riconoscere che non esistono più binari separati sui quali viaggia, da una parte, la tutela della maternità e, dall'altra, si muovono i comportamenti discriminatori a causa del genere, binari solo apparentemente paralleli a livello nazionale, ma che hanno trovato nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue una loro chiara confluenza.

Pare questa la sede più idonea per ricordare che il tradizionale consolidamento del principio di parità tra uomini e donne come principio generale dell'Unione europea consente ai giudici nazionali di disapplicare una disposizione nazionale non conforme al diritto sovranazionale. Il richiamo appare funzionale proprio alla corretta applicazione di uno strumento giudiziario sicuramente drastico, da utilizzare con cautela, ma non certo da demonizzare³⁸. Come esempio di equilibrato e ragionevole utilizzo della disapplicazione giudiziaria può leggersi la

³⁵ Per una recente rassegna della giurisprudenza nazionale si rinvia ai contributi di S. Zitti, V. Beghini, C. Cominato, M. Peruzzi in *Riv. giur. lav.*, 2008, n. 4, ed ai richiami contenuti nella nota successiva. Sullo scarso utilizzo dei divieti di discriminazione per sesso, si rinvia S. Scarponi, *Un caso di discriminazione collettiva*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 511 ss; in particolare, sull'applicazione giudiziaria degli stessi divieti M.V. Ballestrero, *I giudici e la parità. Osservazioni sull'applicazione giudiziaria della legge n. 903/1977*, in *Pol. Dir.*, 1982, p. 463 ss.; L. Hoesch, *Parità uomo-donna: cinque anni dopo*, in *Lav. 80*, 1983, p. 291 ss.; M.V. Ballestrero, *Ancora sui giudici e la parità. L'applicazione giudiziaria della legge n. 903/1977 (1983-1986)*, in *Quaderni Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 57; G. De Simone, *I giudici e la discriminazione sessuale*, in *ivi*, 1990, p. 109; L. Calafà, *Le aporie processuali e l'asestamento sostanziale delle leggi sulla parità in una recente controversia in tema di discriminazione collettiva indiretta. Il caso Gloria Bassi*, nota a Pret. Bologna 27 giugno 1998, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 235.

³⁶ Per una recente lettura dell'apparato processuale in materia di discriminazioni di genere, A. Guariso, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili processuali*, cit.; si rinvia ai contributi contenuti in L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.

³⁷ In *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 811, con nota di A. Guariso, *L'azione speciale ex art. 38 Codice Pari Opportunità, dopo la novella del 2010: ancora un'azione "zoppa"?*. Con riguardo alle pronunce più recenti della Corte di Lussemburgo, ci si riferisce, particolare, a C-460/06 *Paquay*, *ivi*, 2008, p. 81, con nota di A. Guariso, *La Corte di Giustizia apre definitivamente la strada all'applicazione dell'art. 18 SL al licenziamento in gravidanza*. Per un commento recente alla disciplina del licenziamento a causa di matrimonio M. Agostini, *sub art. 35 d.lgs. 198/2006*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (a cura di) *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2012, in corso di pubblicazione.

³⁸ N. Di Leo, *Il Trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistemico delle fonti nel sistema multilevel*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, p. 759.

pronuncia del Tribunale di Verona del 15 febbraio 2012³⁹, nella quale il giudice disapplica la normativa interna non conforme al diritto dell'Unione europea con riguardo ad un caso di pensionamento di una ballerina ovvero una lavoratrice dello spettacolo appartenente alla categoria dei tersicorei e dei ballerini. La legge nazionale di riferimento disapplicata è l'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 182/97 come modificato dall'art. 3, comma 7, d.l. 64/2010.

Le potenziali tensioni, cui potrebbe risultare l'azione giudiziaria, impongono di ricordare l'approccio metodologico funzionale ad una corretta disapplicazione che si compone di quattro passaggi ineludibili: la qualificazione del fatto in base al diritto antidiscriminatorio; la esclusione della interpretazione conforme (che varierà in base all'atto di cui si discute la legittimità: nel caso specifico il contenuto era eccessivamente preciso e vincolato della disposizione relativa all'età del collocamento a riposo); la consequenziale esclusione di un rinvio pregiudiziale alla CGCE (per una disposizione, ad esempio, che non comporta complessi problemi interpretativi; con riguardo al licenziamento si rammenti che nel caso *Paquay* dell'11 ottobre 2007, C-460/06, l'Avvocato generale Bot ha rinunciato a presentare le stesse conclusioni essendo del licenziamento della lavoratrice madre il tema ampiamente approfondito e consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia). Solo dopo aver concluso la verifica dei singoli passaggi preliminari il giudice può determinarsi più tranquillamente per la disapplicazione della disposizione interna contrastante con il diritto dell'UE⁴⁰.

3. Il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento nullo

Quella della parificazione (non solo sanzionatoria) tra licenziamenti "speciali" espressamente elencati e licenziamento discriminatorio⁴¹, è la questione che ha consentito un avvicinamento graduale alla più ampia e complessa vicenda della licenziamento discriminatorio. La identificazione dei suoi confini è tornata di recente attualità proprio a seguito della *Riforma del mercato del lavoro in prospettiva di crescita*. La questione generale cui rinvia il comma 42 dell'art. 1 l. n. 92/12 è, in effetti, quella della qualificazione del licenziamento come discriminatorio nel senso di viziato dalla esistenza di una discriminazione diretta, indiretta, associata, in base al sesso o al genere, comprensivo della genitorialità e che ha riguardo a tutti i fattori di rischio o cause sospette rilevanti per l'ordinamento nazionale⁴², un problema non solo teorico per affrontare il quale occorre considerare come

³⁹ In *Riv. giur. lav.*, 2012, II, p.566, con nota di G. Desto, *Età pensionabile delle ballerine e discriminazione sulla base del sesso*.

⁴⁰ Argomentando da G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 863; Id., *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 53; L. Zoppoli, *I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali europei*, in *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT, 1/2011, p. 70.

⁴¹ Più compiuto approfondimento delle problematiche relative al licenziamento per causa di matrimonio (anche del lavoratore e non solo della lavoratrice) può rinvenirsi in A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, cit., p. 121.

⁴² Lassandari, *op. cit.*, p. 153.

scontata in questa sede la relativa premessa ovvero la compiuta evoluzione della disciplina antidiscriminatoria dell'Unione europea e nazionale⁴³.

Considerato che dalla estensione e dalla portata dei divieti di discriminazione discende il trattamento differenziato previsto dal legislatore⁴⁴, l'attività dell'interprete appare, nell'attuale contesto, quanto mai delicata. Non è indifferente, rispetto all'obiettivo finale perseguito, la chiave d'accesso prescelta per trattare il tema dell'esatta qualificazione del licenziamento come discriminatorio ai fini dell'applicazione dell'art. 18 dello Statuto. Mai come in questo ambito, l'intersezione tra licenziamento e discriminazione, la visione domestica e/o quella proiettata alla valorizzazione del diritto dell'Unione europea manifestano tutta la loro concreta rilevanza⁴⁵.

Le questioni teoriche destinate a ricevere rinnovata attenzione a seguito delle recenti modifiche sono numerose, scontato come poco sopra ricordato, che dalla qualificazione di un atto come discriminatorio discendono rilevanti conseguenze non solo sanzionatorie (l'applicazione anche prima del 2012 dell'art. 18), ma anche di carattere processuale in ordine alla tipologia degli stessi procedimenti esperibili, oltre che alle questioni relative al riparto dei carichi probatori tra le parti in giudizio e alle regole specifiche dedicate alla vittimizzazione⁴⁶. Tra le questioni di sicura importanza vi è, sicuramente, quella della tassatività dei fattori di rischio elencati nell'art. 15 oppure la verifica della concreta estensione e portata dei fattori elencati, a partire da quello passato molto velocemente da "fattore emergente" a fattore largamente emerso, l'età, oppure ancora la disabilità in virtù della quale la Corte di Giustizia ha coniato la nozione di discriminazione associata, non a caso proprio con riguardo ad un caso di *unfair dismissal* inglese⁴⁷.

La tecnica redazionale prescelta dal legislatore non aiuta l'interprete alla corretta identificazione del campo di applicazione oggettivo della discriminazione vietata, la cui esistenza rende il recesso del datore di lavoro inficiato da nullità rilevante *ex art. 18*, comma 1.

Il richiamo all'art. 3 l. n. 108/90 impone di riferirsi non esclusivamente a tale disposto, ma più correttamente alla regola che appare l'architettura strutturale della relazione tra discriminazioni vietate e rapporto di lavoro ovvero l'art. 15

⁴³ In questa sede la evoluzione normativa e giurisprudenziale non verrà riproposta. Si consenta un rinvio a A. Lassandari, *Il licenziamento discriminatorio*, cit., ed ai volumi L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, cit., e M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007. Più di recente, della stessa Autrice, *Il licenziamento discriminatorio alla luce dell'ordinamento dell'Ue e delle sue ricadute sull'ordinamento nazionale*, Relazione al convegno *Discriminazione e licenziamento dopo la legge n. 92/2012: profili sostanziali e processuali*, Roma 5 dicembre 2012, dattiloscritto.

⁴⁴ Essendo "i diversi trattamenti" fondati "sulla «diversità» della giustificazione dei licenziamenti": cfr. M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexycurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, cit., p. 453, nell'introdurre il tema delle differenze di trattamento tra lavoratori. Prima del 2012 le disparità di trattamento tra lavoratori erano "determinate dalla circostanza che il licenziamento ingiustificato ricadesse nell'area della tutela reale o in quella obbligatoria, ora si moltiplicano nella stessa area di applicazione dell'art. 18".

⁴⁵ A conferma di tale affermazione, si leggano gli atti del Convegno *Discriminazione e licenziamento dopo la legge n. 92/2012: profili sostanziali e processuali*, Roma 5 dicembre 2012, organizzato dalla *Rivista Giuridica del lavoro*, in corso di pubblicazione.

⁴⁶ Sulla vittimizzazione, A. Guariso, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili processuali*, cit., p. 593.

⁴⁷ Per una recente rassegna della giurisprudenza in materia di discriminazioni per età M. Peruzzi, *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 139; sul caso Coleman, L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo soggettivo di applicazione della dir. 2000/78*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 1169.

dello Statuto, modificato da ultimo nel 2003 a seguito della trasposizione della dir. 2000/78/CE con il d.lgs. n. 216, cui rinvia lo stesso art. 3 l. n. 108/90⁴⁸, scontato comunque che il legislatore non ha richiamato alcune disposizioni vigenti nell'ordinamento⁴⁹.

In senso strettamente tecnico, per questa parte del disposto, le modifiche del 2012 non fanno altro che ribadire quanto già previsto dall'ordinamento, fatto salve alcune differenze in ordine alla quantificazione del risarcimento del danno⁵⁰.

Una lettura dei repertori della giurisprudenza in materia aiuta a comprendere perché l'incidenza delle modifiche pare assai più significativa con riguardo ad un aspetto collaterale: il legame tra licenziamento discriminatorio e quindi nullo e il licenziamento nullo in violazione dei principi generali del diritto comune delle obbligazioni. Ci si riferisce allo snodo giurisprudenziale costruito negli anni tra sistema sanzionatorio previsto dall'art. 3 l. n. 108/90 ed il licenziamento nullo per violazione degli artt. 1343 e 1354 c.c. avente ad oggetto il licenziamento per rappresaglia o vendetta, nei confronti cioè di un lavoratore o di una lavoratrice che tentava di far valere dei diritti riconosciuti⁵¹. Pare molto evidente a chi scrive che la previsione esplicita dell'applicazione della nullità del licenziamento perché "determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile" non rende più necessaria l'interpretazione estensiva dell'art. 3 l. n. 108/90 essendo l'applicabilità dell'art. 18 già letteralmente prevista. Sullo specifico punto non pare sorgano particolari difficoltà interpretative del disposto, anche perché come ammesso dalla dottrina più recente, la qualificazione come discriminatorio del licenziamento per rappresaglia legato a motivi tipizzati è un "esito necessario, strettamente vincolato alla nozione legale discriminazione"⁵².

⁴⁸ M. Meucci, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, dattiloscritto, considera la tecnica di redazione del nuovo art. 18 come ricca di "omissioni, imprecisioni e deficienze"; tra queste annovera il rinvio all'art. 3 della l. n. 108/90, dato che il divieto di discriminazione parrebbe ridursi al "credo politico o fede religiosa, all'appartenenza ad un sindacato e alla partecipazione ad attività sindacali". La esaustività del quadro può, tuttavia, essere recuperata in via interpretativa dal rinvio all'art. 4 l. n. 604/66, ma soprattutto all'art. 15 St.lav. Sulla importanza della interpretazione congiunta dei diversi disposti, direttamente o solo indirettamente richiamati, ai fini della garanzia di una omogeneità di tutela dei lavoratori e delle lavoratrici considerate, E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, cit., p. 39. L'A. in particolare riconosce che nonostante "tale difettoso coordinamento fra le diverse normative, si deve ritenere che la nozione di discriminazione (e quindi quella di licenziamento discriminatorio) che viene qui in considerazione sia quella che risulta dalla complessiva evoluzione della disciplina in materia, che appare oggi sparpagliata in una molteplicità di testi, ma che conserva come punto di riferimento l'art. 15 St.lav. nel testo attualmente in vigore. Ed invero non per nulla il legislatore ha ritenuto opportuno tenere tale ultima disposizione aggiornata, quanto meno dal punto di vista della tipologia dei motivi di discriminazione che sono espressamente vietati al datore di lavoro".

⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, alla stessa definizione di licenziamento per rappresaglia considerato come discriminatorio negli atti di trasposizione delle dir. 2006/54, 2000/43 e 2000/48. Sul punto si rinvia a M. Barbera, *op. ult. cit.*

⁵⁰ Sullo specifico punto, G. De Simone, *Il lavoro femminile nella riforma Fornero*, cit., p. 605.

⁵¹ Per una recente ricostruzione della giurisprudenza in materia, C. Pederzoli, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un'incerta linea di confine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 367, a partire dal commento della pronuncia della Corte di Cassazione 3 agosto 2011, n. 16925. Sulle questioni strettamente processuali, A. Guariso, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili processuali*, cit., p. 593.

⁵² M. Barbera, *op. ult. cit.* La stessa conclusione pare frutto di un percorso argomentativo più accidentato per i motivi non tipizzati dato che si lega ad una completa e comprensiva valorizzazione della discriminarietà degli atti per le ragioni non espressamente tipizzate (ad esempio, l'obesità delle persone oppure il fatto di essere o non essere fumatori). Su un tale risultato interpretativo pesa, senza dubbio alcuno, la valenza del fattore "condizioni personali" contenuta nell'art. 3 della Costituzione e l'interpretazione dell'art. 21 della Carte dei diritti fondamentali fornita dalla Corte di giustizia, in via di graduale consolidamento.

Il problema sembra posto da quella dottrina che, a partire dalla parificazione sanzionatoria della nullità dell'atto, ha ricavato conclusioni non propriamente condivisibili⁵³, in ordine all'identificazione completa tra "licenziamento ingiustificato" e "licenziamento discriminatorio (che a sua volta assorbe quello determinato da motivo illecito)"⁵⁴.

La questione è complessa e merita di essere sezionata in parti distinte al fine di una migliore comprensione. In effetti, la proposta formulata può essere verificata a partire da un approfondimento sul funzionamento delle regole processuali (si rinvia al contributo di Terzi in questo volume) oppure a partire dalla persistenza della distinzione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento nullo, una differenza che non pare superata anche nell'attuale formulazione dell'art. 18⁵⁵.

Nella prospettiva della conformità del diritto antidiscriminatorio di matrice Ue, che quella sulla quale in questa sede ci si concentra, la proposta interpretativa chiaramente ispirata dalla finalità di ridurre al minimo l'impatto della l. n. 92/12 parificando il licenziamento illegittimo con il licenziamento discriminatorio, pare perseguire l'obiettivo prescelto mediante *uso strumentale* del diritto antidiscriminatorio di cui non rispetta le specificità costitutive. A confermare tale conclusione è sufficiente una verifica della letteratura e della giurisprudenza posta a fondamento della proposta: nessuna rilevanza attribuita al diritto antidiscriminatorio di matrice Ue e, al contrario, enfasi sulle posizioni scientifiche degli artefici di quella "teoria (...) cui si deve la scarsa effettività della tutela offerta dall'art. 15"⁵⁶. Il percorso argomentativo utilizzato per ridurre al minimo l'impatto della l. n. 92/12 appare una buona intenzione che non si trasforma in obiettivo condivisibile allorquando riproduce, ad oltre quaranta anni di distanza e pressoché immutata, la teoria che "faceva leva sui concetti di motivo illecito e intento soggettivo" che "oltre a rendere particolarmente ardua la prova della discriminazione", è servita a "ridurre concettualmente la discriminazione a una distorsione irrazionale del processo volitivo, mettendo in ombra il carattere sistematico delle forme di discriminazione espressamente menzionate, che rendono tali comportamenti qualitativamente diversi da comportamenti arbitrari e ingiusti che possono colpire occasionalmente ed in modo indistinto tutti i lavoratori"⁵⁷.

⁵³ E poco condivise dalla dottrina. Sembra, tuttavia, riprendere tale proposta interpretativa il contributo di S. Niccolai in questo Volume.

⁵⁴ Come la sintetizza M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, cit., p. 460.

⁵⁵ V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 521.

⁵⁶ E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, cit., p. 42.

⁵⁷ M. Barbera, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, p. 729. La tesi elaborata da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., da una parte, ha sicuramente il pregio di sollevare l'attenzione scientifica un po' appannata nei confronti delle discriminazioni e dei relativi divieti; dall'altra, però, finisce per confondere ogni specificità del licenziamento discriminatorio, diluendolo in un contesto indistinto finalizzato alla "massima estensione della discriminazione vietata", funzionale alla riduzione dell'impatto della riforma del 2012 mediante assorbimento di ogni differenza qualificatoria tra licenziamento ingiustificato, nullo e discriminatorio, tutto a danno delle specificità della teoria della discriminazione di matrice union europea (sintetizzabili in rilevanza oggettiva della discriminazione, per l'impatto discriminatorio prodotto e non qualificabili a partire dall'intento di discriminare del soggetto agente). Non è un caso, che la dottrina più sensibile al diritto antidiscriminatorio affermi molto sinceramente che "se ogni licenziamento illegittimo fosse discriminatorio, nessun licenziamento sarebbe mai qualificato come tale". G. De Simone, *Il lavoro femminile nella riforma Fornero*, cit., p. 606. Non a caso, la elaborazione fa

Per garantire la conformità del sistema del licenziamento discriminatorio al diritto dell'Unione europea, molto semplicemente, pare più corretto ribadire che solo per i fattori non tipizzati si può fare ricorso agli artt. 1343 e 1345 c.c.⁵⁸: una interpretazione letterale del disposto garantisce il sistema (sostanziale e processuale) tipico del diritto antidiscriminatorio da ogni fuorviante commistione, pur consapevoli dei tentativi dottrinali di modificare tale (forse) semplicistica conclusione⁵⁹. Come è stato anche scritto, "la nuova formulazione dell'art. 18, con le numerose ipotesi per le quali è prevista l'applicazione di una tutela reale dimidiata o addirittura di una tutela meramente risarcitoria, ribadisce quella che inevitabilmente si presenta come una eccezione alla regola, per i licenziamenti discriminatori. Eccezione legittima e razionale, pienamente conforme ai principi costituzionali e dell'Ue, che astrattamente protegge adeguatamente chiunque da qualunque discriminazione, o più correttamente da qualunque differenza di trattamento che sia qualificata dalle norme come discriminazione"⁶⁰.

Il corsivo aggiunto alle parole riportate, scritte da altri, evidenzia graficamente l'apporto giurisprudenziale in tema, l'apporto sul quale pare incidere in modo significativo la modifica dell'art. 18: "accanto alle specifiche tutele previste in materia giuslavoristica troviamo, poi, i principi generali del diritto comune in tema di illiceità del negozio, che si affiancano e si *intersecano* con la tutela speciale. In particolare, le norme speciali si preoccupano di stabilire quale sia la tutela applicabile ad un atto che già secondo il diritto comune poteva considerarsi invalido", considerando che il "ricorso all'art. 1345 c.c. e al concetto di motivo illecito ha permesso alla giurisprudenza di *estendere la nozione* di licenziamento discriminatorio anche oltre le ipotesi previste dall'art. 15 st. lav., la cui

propria una rinnovata rilevanza attribuita alla concezione soggettiva della discriminazione che appare una sorta di prezzo teorico pagato proprio alla sua diluizione ed all'affermazione della portata "esemplificativa e non tassativa" delle discriminazioni previste. A parere di chi scrive, è questo l'aspetto della tesi formulata più in contrasto alla concezione oggettiva delle discriminazioni nel diritto dell'Unione europea. A conferma del complessivo annacquamento proposto della teoria delle discriminazioni argutamente celata dietro una valorizzazione dei relativi divieti solo apparente, si ripropone il preciso passaggio argomentativo dedicato ai concetti di discriminazione diretta e indiretta. L'A. in effetti scrive che "qualunque causa giustificativa *diversa* da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento - come tale, *inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa* - è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente". Questa massima apertura sistematica si accompagna però alla seguente aggiunta relativa alla discriminazione indiretta, una sorta di prova del nove rispetto all'enfasi posta sul licenziamento discriminatorio: "caratteristiche, qualità, opinioni personali del lavoratore possono giustificare il licenziamento (come qualunque altro atto di esercizio del potere datoriale) solo quando siano «essenziali e necessarie» per la realizzazione dell'interesse tecnico-organizzativo riconosciuto e protetto dal sistema". La perfezione stilistica non esclude che, dal punto di vista metodologico, partendo dalla causa di giustificazione delle discriminazioni indirette (la «coda»), si evita un confronto con il criterio neutro (il «capo» del relativo divieto) e la relativa valutazione d'impatto (l'effetto discriminatorio). In questo modo si annullano i risultati dogmatici della evoluzione della legislazione in materia di discriminazioni, riproponendo surrettiziamente "l'intento soggettivo come elemento costitutivo della fattispecie illecita" dopo aver anche espressamente affermato che è condivisibile l'affermazione che le varie ipotesi di licenziamento discriminatorio di cui all'art. 3 della l. n. 108/90 "costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito". In nota sono riconoscibili, non a caso, solo ipotesi di licenziamento viziato in base ai principi generali del diritto comune. Le osservazioni che precedono si fondano sul testo provvisorio pubblicato dall'Aidlass.

⁵⁸ E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, cit., p. 47.

⁵⁹ Si rinvia a M. Barbera, *Il licenziamento discriminatorio alla luce dell'ordinamento dell'Ue e delle sue ricadute sull'ordinamento nazionale*, cit. per la tesi che vede il licenziamento per rappresaglia o ritorsione dovuto a motivi atipici come ipotesi di discriminazione-molestia.

⁶⁰ G. De Simone, *Il lavoro femminile nella riforma Fornero*, cit., p. 607.

elencazione era ritenuta meramente esemplificativa”⁶¹. Il licenziamento discriminatorio presuppone certamente l’applicazione “del più ampio apparato sanzionatorio previsto per gli atti discriminatori nel rapporto di lavoro”, ma tale apparato regolativo risulta significativamente modificato dal diritto dell’Unione europea e tale incidenza non ha trovato ancora un equilibrato punto di convergenza teorica nella produzione dottrinale e giurisprudenziale domestica. La modifica del 2012 consente alla giurisprudenza nazionale di non utilizzare l’interpretazione estensiva degli artt. 4, l. n. 604/66, art. 3, l. n. 108/90 e finanche dell’art. 15 St.lav. per tutelare il lavoratore o la lavoratrice oggetto di rappresaglia da parte del datore di lavoro: il motivo illecito è sanzionato dalla nullità e dalla conseguente reintegra. Una operazione di segno contrario come quella prospettata in dottrina ovvero di estensione delle regole di funzionamento di matrice giurisprudenziale al licenziamento discriminatorio *in senso proprio* (ovvero legato ai fattori di rischio socialmente tipizzati) non appare compatibile con il diritto dell’Unione europea e non certo foriero di particolari novità applicative, come invece dimostra il percorso opposto⁶².

Come è stato di recente ricordato, insieme alla “natura sociale della discriminazione”, nel diritto antidiscriminatorio approccio funzionalistico e tecnica antidiscriminatoria si completano vicendevolmente. Se la risposta è appagante per risolvere questioni giuridiche nelle aule giudiziarie dove non dovrebbero più circolare teorie soggettivistiche delle discriminazioni, maggiori perplessità solleva l’utilizzo di tale tecnica come argine (resistente e non solo apparente) all’abbassamento delle tutele del lavoro⁶³.

4. I divieti di discriminazione tra licenziamento nullo e contrattazione di prossimità

Nella premessa di questo contributo si è ricordato che, insieme all’art. 18 dello Statuto, il licenziamento discriminatorio è richiamato nell’art. 8 d.l. 133/11.

Se gli effetti positivi dell’estensione dell’art. 18 ad ipotesi per le quali non era affatto certo che si potesse applicare (licenziamento dei genitori) e ridotta la portata innovatrice di eclatanti tesi in tema di (solo apparente) estensione del licenziamento discriminatorio in funzione del mantenimento del livello di tutela del lavoro in Italia, pare importante concludere queste brevi osservazioni con un minimo cenno proprio a quell’art. 8 ricordato in apertura.

⁶¹ L. Corazza, *Licenziamento discriminatorio*, in *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, cit., p. 349.

⁶² Ci si riferisce all’utilizzo del fattore di rischio “orientamento sindacale” nel caso delle discriminazioni nell’accesso considerate esistenti da Trib. Roma 21 giugno 2012 (ord.), per un primo commento L. Calafà, *La discriminazione fondata sull’orientamento sindacale e il folklore giuridico dell’Unione europea. Il diritto antidiscriminatorio preso sul serio*, in www.magistraturademocratica.it/ndem/uppy/fsentenza/commento%20Calaf%C3%A0%20discriminazione.pdf.

⁶³ Il tema è stato approfondito da M.G. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* [artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona. INT, 77. Per una verifica sistematica dei limiti e delle opportunità del diritto antidiscriminatorio nell’ordinamento nazionale anche con riguardo all’uso strumentale e/o autonomo dello stesso rispetto alla tradizionale tecnica di tutela lavoristica dell’inderogabilità, M. Barbera, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, cit., p. 730.

La medesima funzione di argine all'abbassamento delle tutele, riconosciuta ad entrambi i disposti, non può escludere la consapevolezza dell'evidente differenza che risiede nel diverso contesto regolativo nel quale si collocano: da una parte, nell'art. 18, si tratta della sanzione al licenziamento nullo; dall'altra, nell'art. 8, il legislatore si focalizza sulle "conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro fatta eccezione per" la fattispecie del licenziamento (discriminatorio, dei genitori, a causa di matrimonio) senza nessun cenno alla sanzione. Dall'elenco emerge sicuramente l'attenzione del legislatore nei confronti di atti odiosi, ma un dubbio non può non insinuarsi nell'interprete, aggiungendosi agli altri già segnalati dalla dottrina anche di recente⁶⁴. Se la odiosità dell'atto «licenziamento» è parte adeguata di un disposto che è intitolato *Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, meno certo è che il riferimento al licenziamento (e solo al licenziamento) sia un riferimento dove trovano sede i limiti alla contrattazione di prossimità.

A prescindere da un giudizio sulla razionalità complessiva del disposto, pare lecito chiedersi se solo il licenziamento possa presentare le caratteristiche tipiche della odiosità delle discriminazioni oppure anche altri "atti, patti, comportamenti" che dovrebbero non essere oggetto della contrattazione di prossimità. Non è un caso che, proprio interpretando la lettera dell'art. 8, si arrivi a riconoscere che "nell'individuazione della cornice costituzionale insuperabile per la contrattazione di «prossimità», assumono comunque rilievo anche principi di carattere generale e operatività pertanto trasversale, il più importante dei quali è quello di non discriminazione"⁶⁵.

A seguito di più attenta valutazione, non può non riconoscersi che l'argine posto dal legislatore, avendo riguardo al solo licenziamento (come atto gestionale di amministrazione del rapporto di lavoro), sia da valutarsi quanto meno inefficace di fronte alla vastità degli atti discriminatori di gestione del personale che possono essere oggetto della contrattazione di prossimità. Si può del resto ammettere che nel comma 2, lett. e), rimanga una traccia precisa di un esercizio preliminare di modifica dell'art. 18 del Governo dell'epoca in cui le modifiche dirette all'art. 18 non riusciva a trasformare in regola cogente. Dopo le modifiche all'art. 18, la lett. d) sui licenziamenti appare se non inutile, quanto meno priva di senso politico e, fors'anche, giuridico.

Rimane solo la certezza che per rendere l'argine meno debole nei confronti delle deroghe alla legislazione ed alla contrattazione collettiva (sempre se legittime) il riferimento più corretto appare quello al rispetto dell'art. 15 St.lav e che, comunque, il funzionamento dei divieti di non discriminazione non può considerarsi precluso, ma piuttosto rafforzato dal richiamo al diritto dell'Unione europea contenuto nello stesso art. 8⁶⁶.

⁶⁴ Per una recente sintesi, A. Lassandari, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 503, da p. 515 per la bibliografia in esso segnalata.

⁶⁵ A. Lassandari, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., p. 517.

⁶⁶ D. Gottardi, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *Riv. giur. lav.* 2012, I, p. 521.

I LICENZIAMENTI PER MOTIVI DI SALUTE

di Tiziana Orrù

1. Introduzione / 2. Le novità in tema di licenziamenti per motivi di salute / 3. Recesso per inidoneità alle mansioni / 4. Recesso per malattia / 5. La tutela del lavoratore disabile / 5.1. Il licenziamento del lavoratore divenuto disabile nel corso del rapporto / 5.2. Il licenziamento del lavoratore assunto come disabile.

1. Introduzione

Nel dichiarato intento di adeguare la disciplina del licenziamento alle esigenze del mutato contesto di riferimento la Riforma, come noto, ha introdotto una rilevante modifica dell'art. 18 l. 300/1970.

La *ratio legis* - esplicitata nello stesso testo normativo (art. 1, comma 1), quasi a voler eliminare il rischio di esegesi discordanti - sottolinea la necessità di ridurre la cd. rigidità in uscita al fine di attenuare il dualismo del mercato del lavoro "ridistribuendo in modo più equo le tutele dell'impiego" tra soggetti garantiti e non garantiti¹.

Il testo del nuovo art. 18 prevede, in caso di licenziamento illegittimo, una pluralità di opzioni sanzionatorie - maggiore rispetto alla precedente formulazione - tale da attribuire all'interprete un ruolo più rilevante e più intenso nella scelta della soluzione da adottare per ciascun caso concreto².

Nel giudizio sulla legittimità del licenziamento risulta, pertanto, cruciale il momento della qualificazione dell'atto di recesso, essendo rimessa al giudice la opzione fra le differenti tipologie di tutela in base alla valutazione della gravità dei vizi dell'atto, ma soprattutto la scelta tra la reintegrazione e la sola tutela economica nel caso di licenziamento per motivo oggettivo ritenuto ingiustificato³.

¹ Il procedimento di riforma è rivolto in particolare al contenimento delle incertezze delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro, sul presupposto che la conoscenza dei costi che l'entrata e l'uscita della forza lavoro comporta per l'impresa, possa costituire un punto rilevante per favorire lo sviluppo dell'occupazione ed aumentare la competitività del mercato del lavoro favorendo la concorrenza dei rapporti economici con l'estero.

² Il sistema sanzionatorio previsto dal nuovo art. 18 consente di far valere, in una scala crescente di tutele ed attraverso un possibile e graduale concorso di azioni, sia vizi procedurali inerenti l'atto sia vizi di merito relativi alla illegittima utilizzazione del potere di recesso da parte del datore di lavoro in una continua alternanza e commistione tra tutela reintegratoria e risarcitoria.

³ La frammentazione delle tutele costituisce il risultato dei compromessi raggiunti in sede di approvazione del testo definitivo della norma, nel tentativo di evitare la totale abrogazione della tutela reintegratoria, l'unica

È questo uno snodo cruciale della riforma, che consente all'interprete di continuare a garantire e custodire, in ambito sociale, il valore della persona umana attraverso la tutela del diritto al lavoro.

Sotto il profilo strutturale è bene evidenziare che la riforma contenuta nella l. 92/2012 ha novellato esclusivamente l'ambito inerente la tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, lasciando invariato il quadro normativo sostanziale che regola la materia⁴.

2. Le novità in tema di licenziamenti per motivi di salute

Le considerazioni che precedono trovano conferma e giustificazione anche nelle ipotesi di licenziamento per motivi di salute cui l'art. 18, comma 7, primo periodo, dedica una disciplina specifica nell'ambito del licenziamento intimato per motivo oggettivo non economico, specificandosi che *"il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999 n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'art. 2110, secondo comma, del codice civile"*.

La nuova disposizione, oltre al richiamo espresso alla specifica disciplina del licenziamento del lavoratore disabile contenuta nella l. n. 68/99, accoglie la consolidata elaborazione giurisprudenziale in materia di inidoneità (fisica o psichica) del lavoratore a svolgere le mansioni di assunzione, codificando definitivamente la interpretazione della Corte di legittimità relativamente ai rapporti tra art. 2110 c.c. e licenziamento per malattia o inidoneità.

Il nuovo dato testuale consente, pertanto, di ritenere comprese nell'ambito di tutela specificamente previsto - oltre alle fattispecie disciplinate dagli artt. 4 e 10 l. n. 68/99 che riguardano i soggetti disabili o coloro che pur non essendo handicappati al momento dell'assunzione abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali invalidità (art. 1, comma 7, l. n. 68) - anche tutte le ipotesi di licenziamento intimato per motivo oggettivo a ragione della inidoneità (fisica o psichica) del lavoratore a svolgere le mansioni di assunzione.

Sul piano sostanziale la norma permette di individuare quattro distinte ipotesi attinenti all'accertamento giudiziale della illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo al lavoratore: a) ritenuto inidoneo alle mansioni per malattia fisica o psichica o per infortunio non lavorativo (imputabile o meno a colpa del datore di lavoro); b) la cui capacità di svolgere le proprie mansioni si sia ridotta per infortunio o malattia professionale in corso di rapporto, ma utilizzabile in mansioni equivalenti o inferiori, con violazione del disposto del comma 4 dell'art. 4 l. n. 68; c) disabile obbligatoriamente assunto, la cui capacità di lavoro si sia ridotta ulteriormente in costanza di rapporto, salvo che l'apposita

idonea a garantire al lavoratore illegittimamente licenziato, attraverso il risarcimento del danno in forma specifica, una tutela adeguata al rispetto del diritto al lavoro.

⁴ Sul punto si rinvia ai diversi saggi contenuti nel Volume.

commissione abbia accertato la “definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda”; d) per superamento del periodo di comporto.

A tutte le predette ipotesi si applica il regime di tutela previsto dal comma 4 dell'art. 18, ossia la reintegrazione nel posto di lavoro e la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno nelle forme ivi previste.

Il complesso assetto di tutele stabilito per le ipotesi di licenziamento intimato a motivo della inidoneità o della malattia del lavoratore offre, pertanto, una protezione rafforzata rispetto alle diverse ipotesi di recesso per giustificato motivo oggettivo, di natura economica e non economica previste dall'art. 3 l. n. 604/66, confermando il dato per il quale la riconduzione di un caso concreto all'una piuttosto che all'altra fattispecie produce rilevanti conseguenze in termini di disciplina.

Su un piano generale si può affermare che la previsione normativa trova la sua legittimazione nell'art. 2 Cost. in tema di doveri inderogabili di solidarietà, nell'art. 32 Cost. che tutela il diritto alla salute, nell'art. 38, comma 3, Cost. secondo il quale gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione ed all'avviamento professionale; la disposizione pertanto non comporta violazione dell'art. 41 Cost. in quanto la iniziativa economica privata, ancorché libera, non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

L'art. 41, comma 2, Cost. ha costituito infatti il canale attraverso il quale la giurisprudenza del lavoro ha valorizzato i profili personalistici della implicazione del lavoratore nella obbligazione lavorativa: accanto ai diritti datoriali connessi alla organizzazione ed alla gestione dell'impresa sono stati così valorizzati i primari diritti del lavoratore, quale il diritto costituzionale al lavoro⁵ ed è stato ritenuto configurabile, a carico del datore di lavoro, un generale onere di cooperazione, di cui l'onere di reimpiego del lavoratore inabile è una conseguenza diretta⁶.

Prima di verificare nel dettaglio le ipotesi disciplinate dalla norma in commento, appare utile richiamare le condizioni generali di tutela accordate al licenziamento per motivo oggettivo dal nuovo art. 18, applicabili anche alle ipotesi disciplinate dal nuovo comma 7.

La Legge Fornero ha sostituito il comma 2 dell'art. 2 l. n. 604, prevedendo che *“la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”*. Pertanto, il giustificato motivo oggettivo deve essere necessariamente esplicitato nella lettera di comunicazione del licenziamento. La violazione della prescrizione comporta la inefficacia del recesso, con applicazione della sanzione e delle situazioni previste dal comma 6.

A sua volta, l'art. 7 l. n. 604, come sostituito dalla l. n. 92, stabilisce che la intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo - in regime di tutela reale - deve essere preceduta da una procedura obbligatoria di conciliazione innanzi alla omonima Commissione provinciale, presso la

⁵ Cass. n. 2461/92; Cass. n. 8947/93.

⁶ Cass. S.U. n. 7755/98, che, in ipotesi di sopravvenuta infermità fisica permanente e conseguente impossibilità totale della prestazione lavorativa, ha fondato l'obbligo di *repêchage*, anche in mansioni inferiori, argomentando proprio dagli obblighi di buona fede e cooperazione dell'imprenditore-creditore.

Direzione territoriale del lavoro del luogo di svolgimento della prestazione. Il datore di lavoro deve inviare all'organo competente una comunicazione, trasmessa per conoscenza al lavoratore, contenente la dichiarazione della intenzione di procedere al licenziamento e la indicazione dei relativi motivi, oltre alle eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del prestatore.

Anche la violazione della procedura prevista dall'art. 7 determina la inefficacia del licenziamento ed è sanzionata secondo il disposto del comma 6.

La sanzione risarcitoria colpisce, perciò, sia il licenziamento non preceduto dall'invio della comunicazione alla Direzione territoriale sia quello tempestivamente preannunciato ma privo di motivazione, con la conseguenza che il lavoratore può denunciare, in via alternativa o cumulativa, la inefficacia del licenziamento ai sensi dell'art. 7 o dell'art. 2 della legge del 1966, ovvero, per i casi di cui al comma 7, al fine di ottenere la tutela reintegratoria di cui al comma 4, dovrà eccepire la ingiustificatezza del recesso.

3. Recesso per inidoneità alle mansioni

In termini generali può essere osservato che il licenziamento per motivo oggettivo è configurabile, in assenza di colpa del lavoratore, quando vi siano ragioni d'impresa che giustifichino la perdita d'interesse da parte del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto di lavoro⁷.

La imputabilità dell'evento a colpa del lavoratore esclude l'oggettività del motivo di recesso, trasferendo l'ambito di tutela alle ipotesi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa.

L'oggettivo impedimento che giustifica il recesso del datore di lavoro deve, infine, incidere sul regolare funzionamento dell'impresa e/o sulla organizzazione produttiva e può riguardare ragioni di ordine economico o fatti che compromettono la idoneità professionale o fisica del lavoratore, determinando una ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione⁸. D'altro canto, giova ricordare che la fattispecie regolata dal comma 7 disciplina esclusivamente le ipotesi di licenziamento per inidoneità dipendenti da disabilità o da malattia, con esclusione di tutti quei casi in cui il difetto di *performance* è determinato da fattori estranei ai motivi di salute.

Restano, in tal modo, esclusi dallo specifico ambito di tutela "rafforzata", rispetto a quella prevista in via generale per il giustificato motivo oggettivo, tutti i

⁷ Cass. n. 8720/2009; Cass. n. 3250/2003.

⁸ La questione dell'inquadramento dell'istituto del recesso per impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'ambito delle norme civilistiche o in quello delle norme lavoristiche non ha un rilievo meramente sistematico e terminologico bensì coinvolge specifici aspetti pratico-applicativi ed è stata definitivamente risolta da Cass. S.U. n. 7758/98: "La sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato -artt.1 e 3 l. n. 604 del 1966 e 1463, 1464 cod. civ.- non è ravvisabile nella sola ineseguità dell'attività attualmente svolta dal prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 cod. civ.) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché essa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore".

casi in cui la sopravvenuta inidoneità del lavoratore, pur incidendo sulla sua professionalità, è la conseguenza di scelte imprenditoriali del datore di lavoro⁹.

La inidoneità può essere conseguente anche a malattia o infortunio professionale, salvi i casi di inidoneità sopravvenuta regolati specificamente dalla disciplina stabilita dall'art. 4, comma 4, l. n. 68/99 (su cui *infra* al § 5.).

Con riferimento al profilo sostanziale, deve essere osservato che la collocazione, ad opera del nuovo art. 18, del recesso per inidoneità nell'ambito del giustificato motivo oggettivo, conformemente a quanto già ritenuto dalla giurisprudenza, consente senz'altro di considerare applicabili alla fattispecie tutti gli indici, già elaborati in sede giudiziale, per il controllo dell'esercizio del potere di recesso in materia di inidoneità fisica o psichica del lavoratore a svolgere le mansioni di assunzione.

Innanzitutto, secondo la giurisprudenza unanime¹⁰, l'applicabilità dell'art. 3 l. n. 604/66 alle ipotesi di inidoneità fisica o psichica, consente di sindacare - oltre alle ragioni del recesso - anche l'interesse all'adempimento parziale, ossia di riscontrare l'adempimento del datore di lavoro all'obbligo di adibire il lavoratore ad attività diverse da quelle espletate in precedenza e per le quali è divenuto inabile.

Il sindacato giudiziale in tali casi deve essere compiuto con riferimento sia a mansioni equivalenti sia a mansioni inferiori (in questo caso, solo con il consenso del lavoratore), con il solo limite che ciò non comporti modifiche rilevanti all'assetto organizzativo "insindacabilmente stabilito dall'imprenditore".

In tali ipotesi, infatti, il difetto di interesse alla prosecuzione del rapporto va valutato alla luce dell'oggetto della prestazione, che coinvolge valori costituzionalmente protetti afferenti alla persona umana, tali da giustificare la necessità di considerare - secondo criteri di buona fede - le residue capacità di lavoro del prestatore nell'ambito dell'impresa come organizzata dal datore di lavoro¹¹.

⁹ Resta così fuori, ad es., il caso di inidoneità professionale e non fisica che può verificarsi a seguito del mutamento della organizzazione aziendale (in ipotesi di introduzione di innovazioni tecnologiche) qualora ne derivi una sopravvenuta "inidoneità professionale" del lavoratore, intesa come incapacità di adeguamento della sua professionalità al nuovo assetto aziendale e, pertanto, alle nuove necessità funzionali che ne derivano (sul punto v. Cass. n. 10356/2002), salvo il rinvenimento di uno specifico obbligo del datore di lavoro alla "manutenzione professionale" dei dipendenti, su cui v. F. Amato, *Licenziamenti economici e responsabilità d'impresa: obbligo di repêchage nel licenziamento individuale per g.m.o. e tutela della professionalità del lavoratore*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 7 ss.

¹⁰ Cfr., da ultimo, Cass. n. 1404/2012, per la quale "in presenza dell'inidoneità al lavoro il datore di lavoro può recedere dal contratto di lavoro invocando la disciplina coordinata degli artt. 1464 c.c. - 3 L. 604/1966 solamente però, una volta che abbia assolto l'onere di fare accertare il predetto status attraverso i servizi ispettivi degli enti all'uopo preposti in osservanza quindi della normativa statutaria ex art. 5 L. 300/1970".

¹¹ La Corte di Cassazione ritiene che in "caso di sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni derivante da patologia da esse dipendente ... il lavoratore ha diritto di pretendere e... il datore di lavoro l'obbligo di ricercare ex art. 2087 c.c.... una collocazione lavorativa non pretestuosa ma idonea a salvaguardare la salute del dipendente nel rispetto dell'organizzazione aziendale. Ciò comporta che il datore di lavoro, esercitando lo *jus variandi* nel rispetto sia dei canoni di buona fede, sia delle regole poste a salvaguardia della salute dei dipendenti, dovrà cercare di adibire il lavoratore alle stesse mansioni o ad altre equivalenti e, solo se ciò è impossibile, a mansioni inferiori (che il lavoratore si sia dichiarato disponibile ad accettare) salvo restando però che la diversa attività deve essere utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore purché nel rispetto della citata normativa posta a salvaguardia della salute dei lavoratori": così Cass. n. 10574/2011 e Cass. n. 10339/2000; di recente Cass. n. 2720/2012, in un caso di accertata malattia psichica con possibilità di recidive, ha statuito che il giudice, nel valutare la legittimità del recesso, avrebbe dovuto porsi il problema della utilizzabilità della prestazione da parte del datore.

L'impedimento, concernente la incapacità del lavoratore a svolgere le prestazioni tipiche delle sue mansioni, per poter giustificare il recesso deve essere effettivo e permanente o di durata indeterminabile e a carattere irreversibile¹². Non deve costituire una ipotesi di mera difficoltà nell'adempimento, essendo necessario, per giustificare il recesso, che l'impedimento fisico o psichico del lavoratore comporti la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione¹³.

Il tratto distintivo della mera difficoltà, rispetto alla inidoneità, risiede perciò nella possibilità per il datore di superarla tramite la modifica della prestazione lavorativa compatibile con la condizione di salute del lavoratore e con la propria organizzazione produttiva.

Nel caso in esame, perciò, l'accertamento della legittimità del recesso non può prescindere dalla verifica dell'esistenza in azienda di altre mansioni che, nei limiti consentiti, possano essere ragionevolmente assegnate al lavoratore divenuto inidoneo, onde consentire la conservazione del posto di lavoro che, in definitiva, costituisce la garanzia di tutela primaria accordata al lavoratore. Il licenziamento non è perciò vietato in assoluto, imponendosi esclusivamente la regola del *repêchage*.

La soluzione, che appare in sintonia con le garanzie di tutela accordate al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non si applica, come detto, a tutte le ipotesi in cui la inidoneità del lavoratore derivi da malattia professionale o infortunio sul lavoro entro i limiti previsti dalla l. n. 68/99, alle quali la legge riserva forme più marcate di garanzia del posto di lavoro (v. *infra* § 5.1.). Neppure può ritenersi applicabile ai casi di recesso a motivo della disabilità integrante una ipotesi discriminatoria. L'*handicap* è, infatti, previsto quale fattore di discriminazione vietato dall'art. 2 d.lgs. 216/2003.

4. Recesso per malattia

Dalle ipotesi di sopravvenuta inidoneità permanente allo svolgimento delle mansioni devono essere distinte le fattispecie relative ad un impedimento solo temporaneo del lavoratore determinato da motivi di salute.

La temporaneità costituisce il presupposto applicativo fondamentale dell'art. 2110 c.c. che, indicando un periodo di sospensione dell'attività lavorativa, presuppone che la interruzione dell'attività possa avere termine con la regolare ripresa del rapporto di lavoro. L'art. 2110 c.c. ha, infatti, indubitabilmente lo scopo di tutelare il lavoratore in situazioni di temporaneo impedimento o difficoltà ad assicurare la normale esecuzione del contratto. Anche in caso di assenza del lavoratore per malattia il nuovo art. 18, comma 7, individua una

¹² Dal carattere permanente o almeno di durata non determinabile della inidoneità, la Suprema Corte fa discendere la irrilevanza, ai fini della giustificatezza del licenziamento, del superamento del periodo di comporto ("atteso che la disciplina dettata dall'art. 2110 c.c. presuppone la diversa ipotesi dell'impedimento temporaneo del lavoratore affetto da malattia, tale da consentire, una volta che questa sia cessata, la ripresa del lavoro senza rischi di ulteriore usura dell'integrità fisica": Cass. n. 3040/96; Cass. n. 10272/2003).

¹³ In tal senso Cass. n. 3250/2003.

ipotesi di motivo oggettivo di licenziamento, con le garanzie sanzionatorie previste dal precedente comma 4.

Dalla considerazione di avere la riforma novellato esclusivamente l'ambito inerente la tutela del lavoratore, lasciando invariato il quadro normativo sostanziale che regola la materia, consegue che sono tuttora applicabili i principi fissati dalla giurisprudenza in tema di rapporto tra l'art. 2110, comma 2, c.c. e la disciplina dei licenziamenti individuali.

Fin dalla sentenza delle S.U. n. 2072/80 è stato chiarito che il problema dell'eccessiva morbilità non può essere risolto in termini di giustificato motivo oggettivo, come ipotizzato da una parte della giurisprudenza pregressa, ma deve trovare soluzione nell'ambito esclusivo dell'art. 2110 c.c., norma speciale rispetto al regime comune dell'atto di recesso ed alla disciplina della impossibilità sopravvenuta¹⁴.

Il superamento del periodo di comporto è perciò condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, sempre che il superamento del suddetto periodo non sia imputabile a responsabilità del datore di lavoro.

Il licenziamento per superamento del periodo di comporto non può, infatti, ritenersi giustificato se la causa della malattia è conseguente alla violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.¹⁵.

5. La tutela del lavoratore disabile

La nuova formulazione dell'art. 18, comma 7, garantisce – si è detto – la tutela reintegratoria (prevista dal comma 4) anche contro il licenziamento motivato con la disabilità del lavoratore nelle ipotesi specificamente previste dall'art. 4, comma 4, e dall'art. 10, comma 3, l. n. 68, *“Norme per il diritto al lavoro dei disabili”*.

La legge del 1999, che ha modificato radicalmente la precedente disciplina della materia, abrogando la vecchia l. n. 482/68, ha recepito i principi contenuti nella Legge Quadro n. 104/92, ponendosi le finalità della promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro, attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato.

La l. n. 68 si applica: a) agli invalidi civili, ossia alle persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali o da *handicap* intellettuale che

¹⁴ Conformemente da ultimo Cass. n. 1404/2012 per la quale le regole dettate dall'art. 2110 c.c. per le ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore prevalgono, in quanto speciali, sia sulla disciplina dei licenziamenti individuali sia su quella degli artt. 1256 e 1463 e 1464 c.c., e si sostanziano nell'impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cosiddetto comporto) predeterminato dalla legge, dalle parti o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel considerare quel superamento unica condizione di legittimità del recesso.

¹⁵ Tra le ultime, cfr. Cass. n. 7946/2011, secondo la quale, in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto, le assenze del lavoratore per malattia non giustificano il recesso del datore di lavoro ove l'infermità dipenda dalla nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro che lo stesso datore di lavoro abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) o di specifiche norme, incombendo peraltro sul lavoratore l'onere di provare il collegamento causale tra la malattia e le mansioni espletate.

comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%, accertata dalle commissioni di cui all'art. 4 della l. n. 104/92; b) agli invalidi del lavoro con grado di invalidità superiore al 33% accertato dall'Inail in base alle disposizioni vigenti; c) ai non vedenti, intesi come coloro che sono colpiti da cecità assoluta o che hanno un residuo visivo non superiore a un decimo a entrambi gli occhi con eventuale correzione; d) ai sordomuti, cioè gli affetti da sordità dalla nascita o prima dell'apprendimento della lingua parlata; e) agli invalidi di guerra, gli invalidi civili di guerra e quelli per servizio, con minorazioni ascritte dalla prima all'ottava categoria secondo le tabelle annesse al T.U. delle norme in materia di pensioni di guerra, d.p.r. n. 915/78 e successive modificazioni.

Deve, dunque, ritenersi che tutte le norme contenute nella l. n. 68 trovino applicazione esclusivamente nell'ambito circoscritto dalle fattispecie disciplinate dal comma 1.

In questo senso deve essere inteso il significato della norma contenuta nell'art. 1, comma 7, l. n. 68/99 secondo la quale *"I datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto a quei soggetti che, non essendo handicappati al momento dell'assunzione, abbiano acquisito, per infortunio sul lavoro o malattia professionale, eventuali invalidità"*. Il principio di garanzia della tutela del posto di lavoro non può, infatti, essere estrapolato dallo specifico ambito di tutela previsto dalla legge del 1999.

5.1. Il licenziamento del lavoratore divenuto disabile nel corso del rapporto

L'art. 4, comma 4, l. n. 68 dispone che: *"I lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'articolo 3 se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Per i predetti lavoratori l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'articolo 8"*.

Per quanto detto, il termine inabile contenuto nella norma deve essere inteso nel significato di cui all'art. 1, comma 1, della medesima legge con la conseguenza che, in caso di malattia professionale o infortunio sul lavoro accertati dall'Inail (trattandosi di invalidi del lavoro), la percentuale minima per l'applicazione della disciplina è il 33%.

Al di fuori dei suddetti limiti di applicabilità, il lavoratore divenuto inabile a causa di malattia professionale o infortunio sul lavoro, non può essere destinatario delle garanzie previste dall'art. 4, comma 4 e dall'art. 10, comma 3,

ma può beneficiare della tutela genericamente accordata alle ipotesi di inidoneità allo svolgimento delle mansioni (v. *infra* § 3).

In sostanza l'art. 4 cit. prevede, in caso di inidoneità alle mansioni conseguente a infortunio sul lavoro o malattia professionale, accertata nella misura non inferiore al 33%, un vero e proprio divieto di licenziamento, con la conseguenza che il recesso comminato dal datore di lavoro in violazione delle garanzie contenute nell'art. 4, comma 4, l. n. 68 è soggetto alla tutela reintegratoria.

Rispetto alla tutela accordata alle ipotesi di inidoneità alle mansioni non conseguenti a infortunio sul lavoro o malattia professionale o nei casi di inabilità accertata in misura inferiore al 33%, il lavoratore, in caso di adibizione a mansioni inferiori rispetto a quelle svolte prima del cambiamento della situazione di salute, ha diritto alla conservazione del trattamento più favorevole corrispondente alle mansioni di provenienza.

Inoltre, nel caso in cui non esista alcuna possibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti o inferiori, non potrà essere licenziato ma dovrà essere avviato, senza inserimento nella graduatoria, presso altra impresa, ove possa svolgere attività compatibili con le residue capacità lavorative. Infine, se il lavoratore acquisisce più del 60% di inabilità l'azienda può computarlo tra le assunzioni obbligatorie.

5.2. Il licenziamento del lavoratore assunto come disabile

Il lavoratore assunto in base alla normativa sul collocamento obbligatorio gode di una serie di garanzie anche in caso di licenziamento.

Come già detto, egli può fruire della speciale tutela antidiscriminatoria prevista per i portatori di *handicap* del d.lgs. n. 216/2003.

L'art. 10, comma 3, l. n. 68/99 gli riserva, inoltre, una tutela privilegiata, in caso di aggravamento delle condizioni di salute che hanno determinato il collocamento obbligatorio. In tale caso l'art. 18, comma 7, in commento, prevede l'applicazione della speciale tutela reintegratoria di cui al comma 4. L'art. 10, comma 4, della medesima l. n. 68 dispone, altresì, che il licenziamento per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo, esercitato nei confronti del lavoratore occupato obbligatoriamente, è annullabile qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva prevista all'art. 3 della stessa legge.

Al di fuori delle suddette ipotesi particolari, visto il riferimento al normale trattamento normativo da riservare al lavoratore protetto (art. 10, comma 1, l. n. 68/99), il recesso del datore di lavoro dal rapporto con il lavoratore assunto obbligatoriamente, quando è motivato dalle comuni ipotesi di giusta causa e giustificato motivo, segue la generale disciplina normativa e contrattuale. Tuttavia, anche in questi casi l'*handicap* o più in generale la condizione di salute del lavoratore, costituiscono elemento di valutazione della giusta causa e del giustificato motivo, che deve essere rapportato al tipo di invalidità e mai correlato alla professionalità di un soggetto valido.

L'accertamento della ricorrenza di una giusta causa o di un giustificato motivo deve perciò prescindere dalla condizione di salute del lavoratore¹⁶. Anche per il licenziamento a causa di malattia la disciplina è senz'altro quella prevista dall'art. 2110 c.c. con il limite della esclusione dal periodo di computo delle assenze per malattia ricollegabili allo stato di invalidità¹⁷.

Tornando alla ipotesi disciplinata dall'art. 10, comma 3, l. n. 68¹⁸, va segnalato che, in caso di aggravamento delle condizioni di salute o di mutamento della organizzazione aziendale comportante la impossibilità di svolgere le mansioni affidate, il datore di lavoro o il disabile hanno la facoltà di richiedere alla commissione medica di cui all'articolo 4 l. n. 104/92, l'accertamento sulla compatibilità delle condizioni salute del disabile con l'attività svolta, con possibilità di temporanea sospensione del rapporto fino al perdurare dell'incompatibilità¹⁹.

Se la prosecuzione dell'attività lavorativa risulta incompatibile con l'aggravamento delle condizioni di salute, o con le variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile viene sospeso temporaneamente e non retribuito fin quando persiste la incompatibilità e nel periodo potrà essere impiegato in tirocinio formativo. Tutti gli accertamenti indicati vengono effettuati dalle Commissioni di cui alla già citata l. n. 104/92 e dai successivamente previsti.

Di fatto, quindi, il lavoratore ha diritto ad essere adibito ad altre mansioni confacenti con la sua condizione di salute e, pertanto, il datore di lavoro potrà

¹⁶ Art. 10, comma 2, l. n. 68, secondo il quale "Il datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni".

¹⁷ In tal senso Cass. n. 17720/2011, secondo la quale le assenze per malattie collegate con lo stato di invalidità non possono essere incluse nel periodo di computo, ai fini dell'art. 2110 c.c., se l'invalido viene adibito, in violazione di legge a mansioni incompatibili con le proprie condizioni di salute. In tal caso, infatti, la impossibilità della prestazione lavorativa deriva dalla violazione dell'obbligo del datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica del dipendente, il quale però ha l'onere di provare gli elementi oggettivi della fattispecie dimostrando l'inadempimento datoriale ed il nesso di causalità tra l'inadempimento stesso, il danno alla salute subito e le assenze dal lavoro, che ne conseguono.

¹⁸ "Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda. Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che, sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo. Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, della presente legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge. La richiesta di accertamento e il periodo necessario per il suo compimento non costituiscono causa di sospensione del rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda".

¹⁹ Già per Cass. n. 1566/88 il giudizio del collegio medico, che abbia ritenuto incompatibile con lo stato fisico del lavoratore invalido l'espletamento di determinate mansioni, vincola il datore di lavoro, che, in caso d'inosservanza, è responsabile del danno alla salute sofferto dal lavoratore per lo svolgimento delle mansioni dichiarate incompatibili con il suo stato fisico. La S.C., inoltre, ebbe ad affermare irrilevante, ai fini della limitazione di tale responsabilità, la circostanza di consistere il danno nell'insorgere o nell'aggravarsi di processi morbosi interessanti distretti diversi da quelli eventualmente considerati nel parere della Commissione medica, argomentando che la violazione della norma - diretta alla tutela del bene della salute del lavoratore considerato non atomisticamente ma nella sua unità - è fonte di responsabilità contrattuale ex art. 1225 c.c. ed anche di responsabilità aquiliana (per la lesione del precetto del *neminem ledere*), essendo quello alla salute un diritto assoluto, riconosciuto anche dalla Costituzione.

ricollocare l'invalido all'interno della propria organizzazione anche attraverso possibili adattamenti della stessa.

Soltanto ove tali misure non siano sufficienti ovvero vi sia il rifiuto da parte del disabile a svolgere mansioni inferiori eventualmente disponibili, il datore potrà intimare il licenziamento ed il lavoratore verrà avviato presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza necessità di iscrizione nelle graduatorie di cui all'art. 8 l. 68/99.

Il punto cruciale della disciplina consiste, dunque, nella individuazione dell'ampiezza dell'obbligo imposto al datore di lavoro di adattare l'organizzazione aziendale alle mutate condizioni del lavoratore. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'obbligo datoriale non può, estendersi sino a ricomprendere il dovere di modificare la struttura organizzativa dell'azienda, ad esempio mediante la istituzione di nuovi posti di lavoro dovendosi ritenere legittimati solo microinterventi consistenti in adattamenti della organizzazione del lavoro al fine di ricavare, per l'invalido, un'adeguata posizione di lavoro attraverso la ricomposizione di funzioni sottratte ad altri collaboratori, comunque sempre nell'ambito di mansioni già esistenti nell'assetto organizzativo aziendale²⁰.

Il tema coinvolge il difficile e complesso equilibrio tra libertà di iniziativa economica e diritto al lavoro del disabile, da valutare anche in riferimento alla peculiare disciplina in tema di parità di trattamento e divieto di discriminazione fondato sull'*handicap*. Una soluzione interpretativa potrebbe in proposito essere rinvenuta nell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, non trasposto nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. 216/2003 che, allo scopo di garantire l'attuazione del principio di parità di trattamento dei disabili, sia nell'accesso sia nel mantenimento del rapporto di lavoro, prevede che il datore di lavoro sia tenuto ad adottare «soluzioni ragionevoli», intese come «provvedimenti appropriati in funzione delle esigenze del disabile», con il limite della proporzionalità rispetto al sacrificio finanziario per il datore di lavoro, tenuto conto delle dimensioni, delle risorse dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni (v. in proposito artt. 13 e 14, l. n. 68/99)²¹.

In conclusione, il licenziamento del lavoratore disabile assunto obbligatoriamente in caso di aggravamento delle condizioni di salute connesse con l'*handicap*, può beneficiare della speciale tutela di cui all'art. 18, comma 7,

²⁰ In tal senso Cass. n. 10914/2005. In modo analogo la giurisprudenza di merito: per tutte v. Trib. Ferrara 22 ottobre 2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 652, con nota di C. Tomiola, *L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro in caso di aggravamento dello stato di salute del lavoratore disabile*.

²¹ Importante sul punto la nota decisione la Corte di Giustizia UE, 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacón Navas*, in merito alla tutela dei disabili in materia di licenziamento, ha affermato che il divieto, in materia di licenziamento, della discriminazione fondata sull'*handicap*, sancito dalla direttiva 2000/78/CE non consente un licenziamento fondato su un *handicap* che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, non sia giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non sia competente né capace né disponibile a svolgere le funzioni essenziali del suo posto di lavoro. In merito alla quale v. il commento di G. Giappichelli, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 758, mentre in generale sulle questioni della discriminazione fondate su *handicap*, v. M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 77 ss.

St.lav. qualora il datore di lavoro non abbia rispettato la disciplina prevista dall'art. 10, comma 3, l. n. 68/99.

Al contrario, il citato art. 18, comma 7, non contempla la ipotesi del licenziamento intimato al lavoratore disabile per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo, per il quale è l'art. 10, comma 4, l. n. 68/99 a prevederne l'annullamento qualora, come accennato, al momento della cessazione del rapporto il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla stabilita quota di riserva.

La esclusione della ipotesi dell'art. 10, comma 4, dalla disciplina prevista dal nuovo art. 18 comporta una ingiustificata differenziazione delle tutele accordate al lavoratore disabile in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo fondato su motivi economici, tale da ingenerare dubbi di costituzionalità.

Invero, deve essere rimarcato che la ipotesi del citato comma 4 dell'art. 10 presenta la *eadem ratio* del comma 3 precedente, individuabile nella esigenza di specifica tutela dei lavoratori assunti obbligatoriamente che in alcun modo giustifica disparità di trattamento, per cui appare evidente garantire le medesima conseguenze anche nel caso del citato comma 4 dell'art. l. 68/99.

IL LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI

di Carla Ponterio

1. La legge n. 92/2012 / 2. La riforma del giustificato motivo oggettivo / 3. La manifesta insussistenza del fatto / 4. Il carattere residuale della reintegra / 5. La irragionevolezza della nuova disciplina / 6. La violazione del principio di uguaglianza / 7. La reintegra facoltativa / 8. L'onere della prova / 9. La domanda del lavoratore / 10. La conciliazione preventiva / 11. Conclusioni.

1. La legge n. 92/2012.

La modifica della disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo era uno dei principali obiettivi della riforma che a tale fattispecie riserva, unicamente, una tutela reintegratoria attenuata e facoltativa ed una tutela indennitaria.

Il comma 7 del nuovo articolo 18 della legge n. 300/1970 stabilisce: *“il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi dell'articolo 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma. In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al sesto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604. Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo”*.

Il comma 4 contempla una tutela reintegratoria attenuata, il comma 5 una tutela indennitaria.

La legge n. 92 riscrive l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e lascia intatte le disposizioni della legge n. 604/1966, fatta eccezione per l'art. 2, comma 2 (ai sensi

del quale la comunicazione del licenziamento deve ora contenere la specificazione dei motivi), per l'art. 6, comma 2 (che fissa in centottanta giorni il termine per impugnare il licenziamento) e per l'art. 7 che introduce un procedimento obbligatorio di conciliazione preventiva.

La legge n. 604 continua, quindi, ad essere l'unica fonte di disciplina quanto all'obbligo della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento (art. 1), alla definizione di giustificato motivo (art. 3), al regime dell'onere probatorio (art. 5), alla regolamentazione dei licenziamenti in tutela cd. obbligatoria (art. 8), con previsioni non tutte facilmente coordinabili con quelle della legge n. 92.

L'art. 18, comma 7, disciplina, nella prima parte, i licenziamenti intimati per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore, anche disabile, o in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c. e nella seconda parte i licenziamenti irrogati per ragioni economiche.

Deve ritenersi che rientrino nella seconda parte della disposizione in esame anche i licenziamenti adottati in base a situazioni soggettive del lavoratore, diverse da quelle espressamente contemplate nella prima parte del comma 7 ma pacificamente ricondotte alla categoria del motivo oggettivo di recesso, quali, ad esempio, la custodia cautelare o la revoca di permessi o concessioni amministrative indispensabili al dipendente per lo svolgimento della prestazione¹.

2. La riforma del giustificato motivo oggettivo.

La seconda parte dell'articolo 18, comma 7, dunque, comprende due distinte fattispecie.

La prima concerne la ipotesi in cui il giudice *"accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo"*, e per essa può trovare applicazione la tutela reintegratoria attenuata prevista dal comma 4.

La seconda fattispecie riguarda le *"altre ipotesi in cui (il giudice) accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo"* e, in tal caso, trova applicazione la tutela indennitaria introdotta dal comma 5.

Entrambe le fattispecie attengono alla mancata individuazione del giustificato motivo oggettivo: nel primo caso, per insussistenza del fatto posto a base della decisione di recesso; nel secondo, per difetto degli altri requisiti del giustificato motivo oggettivo, deve ritenersi, diversi dal fatto addotto dal datore di lavoro.

La legge n. 92 riprende la formula di cui all'art. 8 l. n. 604/1966 (*quando il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del licenziamento per...giustificato motivo*) ma smembra la fattispecie ivi descritta enucleando, accanto alla mancanza degli estremi del giustificato motivo, la manifesta insussistenza del fatto.

Una espressione analoga è adoperata nel comma 4 dell'art. 18, come modificato dalla l. n. 92, a proposito del caso in cui *"giudice accert(i) che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato"*.

¹ Cfr. Cass., sent. n. 7531/2010.

La insussistenza del fatto è espressione che appartiene essenzialmente al diritto e al processo penale e richiama una delle formule assolutorie (*perché il fatto non sussiste*) previste dall'art. 530 c.p.c.

Il giudizio di insussistenza presuppone l'esistenza di una fattispecie legale descrittiva del fatto stesso, nei suoi specifici elementi, e la verifica di mancata integrazione di uno o di alcuni di essi.

Nel diritto penale, permeato dai principi di legalità e tassatività, il fatto è quello tipico, descritto dalla norma nei suoi elementi costitutivi di condotta, evento e nesso causale².

Il *fatto non sussiste* qualora il fatto concreto, addebitato all'imputato, non sia completamente sovrapponibile alla fattispecie di reato come tipizzata dalla norma incriminatrice.

La legge n. 92, regolando il regime sanzionatorio del licenziamento, utilizza la formula di *insussistenza del fatto* rispetto ad una fattispecie legale, contenente la definizione di giustificato motivo di licenziamento, che in realtà non contempla alcun fatto.

L'art. 3 l. n. 604/1966, concepito quale norma elastica, infatti, non definisce il giustificato motivo oggettivo attraverso il riferimento ad un fatto individuato nei suoi elementi materiali tipici, tassativi o anche solo identificabili, né separa il fatto dagli altri estremi.

La disposizione descrive la fattispecie sostanziale attraverso il riferimento alle ragioni economiche (*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*), non include quindi elementi fattuali ed empirici ma rinvia a meccanismi mossi da esigenze, valutazioni ed obiettivi.

Il risultato è una problematica asimmetria tra la disposizione sostanziale e quella sanzionatoria, l'impossibilità di sovrapporre la seconda alla prima per la netta divergenza tra gli elementi la cui esistenza integra il giustificato motivo e la cui insussistenza determina la conseguenza sanzionatoria della reintegra.

Il problema nasce, probabilmente, da un vizio di fondo perché con l'art. 18, comma 7, seconda parte, si pretende di enucleare un fatto all'interno di una fattispecie regolata da norme elastiche, costruite attorno non a fatti bensì a parametri generali, a cui il giudice dovrà dare concretezza attraverso la sua attività di integrazione giuridica e attraverso giudizi di valore³.

Pertanto, la disposizione in esame non dà alcuna indicazione utile per poter individuare il fatto, limitandosi a precisare che debba essere quello posto a base del licenziamento, espressione che, a sua volta, rinvia alle allegazioni del datore di lavoro sulla causa giustificativa del recesso.

D'altra parte, la incertezza sul significato delle espressioni usate dal legislatore del 2012 non può essere utilmente colmata utilizzando la elaborazione giurisprudenziale sul giustificato motivo oggettivo.

La giurisprudenza, con orientamenti peraltro non uniformi, ha individuato, quali presupposti del licenziamento per ragioni economiche, le modifiche nell'organizzazione aziendale imposte da situazioni sfavorevoli non contingenti,

² Per tutte Cass. pen. sent., n. 4514/89.

³ Cfr. Cass., sent. n. 434/99, n. 10514/98.

il nesso causale tra queste e la soppressione di uno specifico posto di lavoro, la impossibilità di ricollocare il lavoratore in mansioni equivalenti ed il rispetto di criteri di scelta, nella selezione del personale con mansioni fungibili, conformi ai principi di buona fede e correttezza⁴.

I requisiti appena elencati non sono costruiti attorno ad uno o più fatti ma, coerentemente alla complessità delle dinamiche economiche ed imprenditoriali e ai parametri generali su cui si fonda la previsione normativa del giustificato motivo oggettivo, esprimono scelte, decisioni, valutazioni.

Il giustificato motivo oggettivo, nelle stesse lettere di licenziamento, è solitamente descritto mediante una serie causale che include fatti (ad esempio, il fallimento di uno dei principali committenti), dati (la conseguente riduzione delle commesse e del fatturato), valutazioni, anche di natura prognostica (possibilità di reperire nuovi clienti, di effettuare nuovi investimenti in relazione all'andamento del mercato) e decisioni dell'imprenditore (necessità di riduzione dei costi e di contrazione del personale, soppressione di uno o più posti di lavoro), rispetto a cui lo schema del nuovo art. 18 risulta assolutamente inadeguato.

La difficoltà di una sistemazione razionale della disciplina in esame trova eco nelle prime letture date dalla dottrina che ha "riempito" le due categorie, del fatto posto a base del licenziamento e degli estremi del giustificato motivo, in maniera assolutamente eterogenea.

Secondo una prima tesi, il fatto posto a base del licenziamento per motivo oggettivo è il mero fatto materiale per cui si licenzia e che dovrà essere esplicitamente indicato nella motivazione del recesso⁵.

Altri autori hanno inteso il fatto, la cui manifesta insussistenza occorre accertare, come comprensivo del nesso eziologico tra le scelte organizzative datoriali e la individuazione del singolo lavoratore da licenziare⁶.

Altri ancora hanno ricondotto alla prima parte della formula adoperata dal comma 7 tutti i requisiti del giustificato motivo oggettivo come elaborati dalla giurisprudenza ed alla seconda parte la valutazione di idoneità degli stessi ad integrare il giustificato motivo di recesso⁷.

⁴ Da ultimo v., ad es., Cass., sent. n. 19616/2011, n. 6026/2012, n. 2712/2012.

⁵ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in host.uniroma3.it/facolt/economia/db/materiali/insegnamenti/668_5754, p. 16, secondo il quale "il nuovo art. 18 ha inteso, da una parte, rafforzare il concetto originario della legge 604/66 di vincolare il licenziamento ad un fatto materiale ben preciso che ne costituisce la causale legittimante e, per altro verso, ha voluto tenere distinta dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo".

⁶ C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in csdle.lex.unict/archivi/uploads/up_194008449, p. 27.

⁷ F. Scarpelli, *Guida alla riforma Fornero (Legge 28 giugno 2012 n. 92)*, in www.wikilabour.it, p. 88, secondo cui "... qualora il giudice accerti l'insussistenza della situazione indicata dal datore di lavoro, la non verità o non effettività della ragione economia addotta o dell'operazione organizzativa che viene affermata alla fonte del recesso, la non consistenza della stessa o l'inidoneità a giustificare, in termini di causalità (e dunque ancora di fatto), le affermate ricadute sulla posizione del lavoratore, dovrà ritenersi la "insussistenza del fatto posto a base del licenziamento", con possibile applicazione della tutela reintegratoria. La stessa cosa deve dirsi per...il cd obbligo di *repechage*...poiché anch'esso è un elemento di fatto idoneo a confermare (o smentire) l'effettività della condizione che fa venire meno l'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto di lavoro. Quando, invece, accertate come reali (e consistenti) le circostanze di fatto adottate dal datore di lavoro, accertata la sussistenza del nesso di causalità tra tali circostanze e la posizione del lavoratore, esclusa in fatto la possibilità di una ricollocazione del lavoratore, si discuta della rilevanza di tali circostanze a giustificare giuridicamente il recesso, il giudice che accolga il ricorso del lavoratore potrà solo disporre la sanzione risarcitoria (... es. la...controversia in ordine alla necessità di motivi collegati ad una situazione di crisi, ovvero ad una riorganizzazione mirante solo a innalzare utili aziendali)".

Nessuna di queste tesi consente di dare alla previsione normativa un significato esaustivo, coerente e razionale.

La tesi che identifica l'elemento posto a base del licenziamento in un fatto materiale, presuppone, anzitutto, che i datori di lavoro, assecondando la fattispecie normativa in esame, specifichino nelle lettere di licenziamento il fatto materiale che sorregge la loro decisione, sebbene l'art. 2, comma 2, l. n. 604/1966, come modificato dall'art. 1, comma 37, l. n. 92, esiga che nella comunicazione del licenziamento siano specificati i motivi e non il fatto che lo ha determinato.

L'applicazione della norma così intesa impone, inoltre, che il percorso decisorio del giudice si scinda in due momenti separati e che, in quello iniziale, l'attenzione sia rivolta unicamente al fatto materiale posto a base del licenziamento per motivo oggettivo, isolato e depurato dai dati e dalle valutazioni utilizzate nella scelta datoriale⁸.

In mancanza di qualsiasi forma di tipizzazione normativa, è assai problematico individuare un fatto materiale, della cui manifesta insussistenza il giudice debba occuparsi.

Dovrebbe escludersi che il fatto possa identificarsi con la soppressione del posto a cui era adibito il lavoratore licenziato.

La soppressione di un posto di lavoro rappresenta l'epilogo della serie causale, costellata di fatti, dati e valutazioni, che porta il datore di lavoro alla decisione di recesso, è il punto di arrivo delle ragioni imprenditoriali.

Analogamente, potrebbe dirsi riguardo alla chiusura di un reparto, cioè alla scelta imprenditoriale di sopprimere un settore produttivo ed i relativi posti di lavoro.

Non solo, l'art. 18, comma 7, nel momento in cui fa riferimento al "fatto posto a base del licenziamento", evoca due entità separate, legate da una connessione di tipo causale. Il licenziamento deve trovare la propria ragion d'essere, il fondamento eziologico in un determinato fatto, che ne costituisce, appunto, la base razionale.

Se si identificasse il fatto nella soppressione di un posto, o di più posti inseriti in un reparto, non si potrebbero individuare i due termini della relazione causale poiché la soppressione del posto ed il licenziamento rappresentano, in realtà, lo stesso fenomeno visto, rispettivamente, dal punto di vista dell'organizzazione aziendale e del rapporto contrattuale con il lavoratore.

Seguendo a ritroso la serie causale che solitamente conduce alla decisione di recesso, occorre domandarsi se il fatto materiale possa assumere un aspetto più prettamente economico, legato a dati di natura contabile o finanziaria.

Al riguardo, occorre considerare come, secondo l'art. 18, comma 7, del fatto posto a base del licenziamento debba accertarsi la manifesta insussistenza.

Il fatto, di cui si discute, deve quindi essere suscettibile di un giudizio in termini di sussistenza o insussistenza; è necessario, cioè, che si possa, secondo criteri

⁸ A. Maresca, *op. cit.*, p. 17, "ad esempio, se fosse addotta la soppressione del posto di lavoro quale fatto a fondamento del recesso, "è proprio su questo punto che il giudice dovrà concentrare ed esaurire la verifica finalizzata ad individuare la sanzione applicabile in caso di ritenuta illegittimità del licenziamento".

empirici, stabilire se quel fatto esista o meno, senza mezze misure e senza implicazioni di ordine valutativo.

Su queste premesse, imposte dalla lettera della disposizione in esame, dovrebbe escludersi che costituiscano fatti, addirittura materiali, i risultati di bilancio, le variazioni di fatturato o l'andamento delle commesse.

Si tratta, infatti, di dati suscettibili di interpretazioni non univoche e, comunque, di dati a cui non può attribuirsi rilevanza se non attraverso un giudizio di consistenza ed entità.

Se si intendesse la formula normativa riferita al fatto materiale, si correrebbe il rischio di ridurre la valutazione giudiziale sul motivo oggettivo ad una mera presa d'atto del fatto posto a base del licenziamento, così come addotto dal datore di lavoro, e purché non manifestamente insussistente nella sua materialità, a prescindere persino dal requisito minimo del nesso causale rispetto al singolo licenziamento.

Difatti, se si ritenesse attratto nel *focus* di accertamento del giudice solo il fatto materiale inteso come epilogo della serie causale (ad esempio, la soppressione di un posto) oppure una qualsiasi variazione nei dati contabili o finanziari, l'intervento giudiziale si risolverebbe in una semplice ratifica della decisione datoriale, senza alcuna possibilità di verifica sulle premesse della stessa, quanto alla loro effettività e rilevanza causale.

Potrebbe, infatti, risultare non manifestamente insussistente la soppressione di un posto, pur in assenza di validi elementi giustificativi oppure decisa in base ad una riduzione delle commesse e del fatturato assolutamente irrisoria, con l'effetto di rendere la discrezionalità datoriale, anche quella irragionevole o addirittura capricciosa, idonea ad evitare la tutela reintegratoria.

Insomma, si finirebbe per attribuire al datore di lavoro una funzione quasi normativa, di individuazione del fatto quale elemento costitutivo della fattispecie e dalla cui sussistenza o meno dipende l'applicazione dei diversi regimi sanzionatori.

Per evitare le storture appena descritte, parte della dottrina ha interpretato il fatto, della cui insussistenza si discute, come inclusivo del nesso eziologico tra le scelte organizzative datoriali e il licenziamento del singolo lavoratore, lasciando ricompreso nelle altre ipotesi, soggette alla tutela sola indennitaria, il mancato rispetto dell'obbligo di *repêchage* e dei criteri di scelta.

Altri ancora, come già detto, hanno dilatato il concetto di "fatto" posto a base del licenziamento fino a considerarlo equivalente alla fattispecie giuridica di giustificato motivo oggettivo, comprensiva di tutti i requisiti elaborati dalla giurisprudenza.

Il fatto dovrebbe, cioè, intendersi come fatto in senso giuridico e non materiale.

Questa tesi, certamente più conservativa dell'attuale assetto, rischia di annullare la distinzione posta dall'art. 18, comma 7, tra le due categorie, fatto posto a base del licenziamento ed estremi del giustificato motivo, a meno di non far coincidere le *altre ipotesi* con la valutazione, prettamente giuridica, di idoneità del fatto, inteso in senso lato, ad integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo.

Non sarebbe semplice, in tal caso, stabilire cosa rientri nella seconda categoria.

Gli esempi portati dalla dottrina riguardano per lo più il licenziamento per ragioni cd. speculative.

Potrebbe, cioè, verificarsi che siano comprovate le modifiche organizzative, l'incidenza delle stesse sulla posizione del singolo lavoratore, l'impossibilità di ricollocare altrove il predetto e il rispetto dei criteri di scelta ma le misure adottate risultino poi rivolte non a fronteggiare una situazione sfavorevole non contingente, bensì ad incrementare i profitti.

Sarebbe già più complicato, seguendo questa tesi, stabilire in quale categoria far rientrare il caso in cui risulti una riduzione delle commesse e del fatturato effettiva, quindi non manifestamente insussistente, ma di entità tale da non costituire fattore idoneo ai fini del giustificativo motivo di licenziamento.

Difatti, a seconda che la consistenza del dato contabile risultasse irrisoria o semplicemente non elevata, dovrebbe affermarsi la mancanza di nesso causale nella prima evenienza e l'inidoneità dell'elemento fattuale ad integrare il giustificato motivo oggettivo, nella seconda⁹.

È evidente come qualsiasi lettura data alla disposizione in esame finisca, in netta controtendenza rispetto alle previsioni della legge n. 183/2010, per attribuire prima ad datore di lavoro e poi al giudice una discrezionalità quanto mai ampia, che investe a monte il contenuto delle categorie di cui al comma 7, cioè la selezione tra i fatti posti a base del licenziamento e gli estremi del giustificato motivo oggettivo, con quali conseguenze in termini di incertezza e divergenze interpretative è facile immaginare.

3. La manifesta insussistenza del fatto.

Il quadro normativo è reso ancora più complicato dall'uso del termine "manifesta" a proposito dell'insussistenza del fatto. Il ricorso a tale aggettivo è stato correttamente liquidato come mero infortunio linguistico¹⁰, posto che, dal punto di vista sia letterale sia logico, non appare possibile ipotizzare alcuna differenza tra 'insussistenza' e 'manifesta insussistenza'¹¹.

Rispetto a ciò che non esiste non ha senso alcuno distinguere tra inesistenza e manifesta inesistenza.

Nel linguaggio giuridico, l'aggettivo manifesto è solitamente usato per calcare la evidente infondatezza di questioni o pretese (cfr. l'art. 23 l. n. 87/53 sulla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale e l'art. 152 disp. att. c.p.c. che, in una precedente formulazione, sanciva l'esonero dalla

⁹ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in csd.le.x.unict.it/archivi/ulploads/up_675700881, p. 16, sostiene che "se il licenziamento è intimato per una riduzione del 50% dell'attività produttiva dell'ufficio cui è addetto il dipendente quel fatto può rilevarsi manifestamente insussistente qualora sia accertato che non vi è stata alcuna riduzione dei volumi produttivi mentre potrebbe risultare non manifestamente insussistente ove emerga dalle prove che la riduzione è stata di più lve entità: anzi, e più precisamente, di un'entità ridotta al punto da non configurare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (da qui l'accertamento della illegittimità del recesso) ma comunque tale da giustificare l'applicazione del regime sanzionatorio esclusivamente indennitario perché coerente con quanto dichiarato nei motivi di licenziamento".

¹⁰ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 3/ 2012, p. 560.

¹¹ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in aidlass.it/documenti-1/relazione-prof.ssa-maria-teresa-carinci-alle-giornate-di-studio-di-pisa, pag. 27.

condanna alle spese nei giudizi previdenziali purché la pretesa non fosse manifestamente infondata e temeraria), cioè per descrivere caratteristiche che siano palesi ed immediatamente percepibili¹².

Ad esso, quindi, anche nel contesto del nuovo art. 18, dovrebbe riconoscersi rilevanza dal punto di vista non tanto sostanziale quanto processuale, come espressione significativa di un elevato grado di evidenza della prova sulla mancanza del giustificato motivo oggettivo¹³.

Così inteso, tuttavia, il requisito in esame appare di difficile realizzazione.

Perché sia integrata la manifesta insussistenza del fatto deve, infatti, supporre che il datore di lavoro, nonostante l'ampia discrezionalità derivante dall'assenza di una definizione normativa del fatto, sia così sprovveduto da addurre e indicare per iscritto, quali motivi del licenziamento, fatti assolutamente non veritieri, fasulli, e che tali risultino *prima facie*, in modo evidente e palese, senza bisogno di alcuna indagine o approfondimento. Ipotesi, francamente, poco verosimile o, almeno, piuttosto rara.

4. Il carattere residuale della reintegra.

La riforma ha lasciato intatto l'art. 3 l. n. 604/1966, che definisce il giustificato motivo di licenziamento, ma ha sdoppiato il concetto di motivo oggettivo in due tronconi, ricollegando a ciascuno di essi una diversa forma di tutela, reintegratoria o indennitaria.

L'intervento riformatore non ha inciso sulla disciplina sostanziale, non ha cioè specificato ulteriormente i presupposti di legittimità del recesso, sicché la creazione, nell'art. 18 comma 7, delle due sottofattispecie (manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e le altre ipotesi in cui mancano gli estremi del giustificato motivo oggettivo) null'altra finalità sembra avere se non quella di consentire un regime di tutela diversificato.

Non soltanto sono state differenziate le forme di tutela, reintegratoria e indennitaria, ma esse risultano legate a presupposti, oltre che di difficile selezione, anche sensibilmente sproporzionati.

Il comma 7 del nuovo art. 18 riserva la tutela reintegratoria alla sottofattispecie incentrata su un elemento, il fatto posto a base del licenziamento, che non trova riscontro nella definizione normativa di giustificato motivo, che è comunque nella disponibilità del datore di lavoro e riguardo al quale occorre escludere la manifesta insussistenza.

Al di fuori di questa ipotesi, è prevista, per tutti gli altri casi in cui non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo, solo una tutela indennitaria.

Prescindendo, per ora, dalla difficoltà di definire il contenuto del termine "fatto", appare tuttavia evidente come la probabilità di un licenziamento fondato su un fatto, addotto dal datore di lavoro e manifestamente insussistente, sia significativamente scarsa, con conseguente carattere residuale e marginale della reintegra nel posto di lavoro.

¹² Cfr. Cass., sent. n. 6697/96, n. 202/95.

¹³ V. Speciale, *op. cit.*, p. 561.

D'altra parte, che uno degli obiettivi della riforma fosse quello di eliminare la reintegra per i licenziamenti motivati da ragioni economiche emerge in modo chiaro dal comunicato stampa della Ministra Fornero del 23 marzo 2012, che ha così illustrato le novità introdotte: *“si prevede inoltre che il diritto alla reintegrazione nel posto del lavoro debba essere disposto dal giudice nel caso di licenziamenti discriminatori o in alcuni casi di infondatezza del licenziamento disciplinare. Negli altri casi, tra cui il licenziamento per motivi economici, il datore di lavoro può essere condannato solo al pagamento di un'indennità...”*.

A tal punto la prospettiva di ridurre al minimo i casi di reintegra ha permeato la nuova disciplina che si è costruito il percorso decisionale del giudice ponendo come prioritaria l'individuazione del tipo di sanzione applicabile rispetto alla definitiva valutazione di legittimità o illegittimità del recesso¹⁴.

La scelta di separare il fatto non manifestamente insussistente dagli estremi del giustificato motivo oggettivo, oltre che passaggio necessario per diversificare le tutele, sembra rispondere ad una ulteriore finalità: non di arginare lo spazio di valutazione del giudice, obiettivo a cui mirava l'art. 30 della legge 183/2010 sull'interpretazione delle clausole generali¹⁵, bensì di rendere l'esito di quella valutazione inoffensivo, nel senso di improduttivo di effetti negativi per il datore di lavoro, diversi dal risarcimento monetario, preventivato nel suo tetto massimo¹⁶.

Il che significa trattare della illegittimità del licenziamento unicamente nella prospettiva di parte datoriale, cioè quale costo per l'impresa.

5. La irragionevolezza della nuova disciplina.

La pretesa di far derivare dalla illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo una tutela differenziata, reintegratoria in alcuni casi, indennitaria in altri, presenta vari aspetti di criticità.

Il primo attiene alla debolezza del criterio discrezionale adottato, fondato sulle categorie di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e mancanza degli estremi del giustificato motivo oggettivo, che non hanno alcun appiglio nella definizione normativa e il cui contenuto è di non semplice delimitazione.

La scissione del giustificato motivo oggettivo in due sottofattispecie non solo appare incompatibile con l'art. 3 n. 1. 604/1966, che enuncia un concetto unitario, ma impone al giudice di sezionare l'accertamento in compartimenti stagni contro il senso e la logica delle formule elastiche appositamente adoperate.

Il secondo punto critico riguarda il difetto di ragionevolezza nella disciplina.

¹⁴ A. Maresca, *op. cit.*, p. 18, secondo cui ciò che assume particolare rilievo è proprio *“la verifica in ordine alla sussistenza/insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (perché)...una volta assodata la sussistenza del fatto, ciò è sufficiente a scartare l'applicazione della reintegrazione e ad adottare la condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva”*.

¹⁵ Su cui per tutti, v. R. Sanlorenzo, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in F. Amato, S. Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Quaderno Quest. Giust., n. 28, p. 23 ss.

¹⁶ Cfr. Comunicato stampa del Ministro del 23.3.2012 ove è precisato: *“con la riforma si riduce l'incertezza che circonda gli esiti dei procedimenti eventualmente avviati a fronte del licenziamento. A tal fine, si introduce una precisa delimitazione dell'entità dell'indennità risarcitoria eventualmente dovuta...”*.

Sia che si legga il termine “fatto” come fatto materiale, sia che lo si interpreti come comprensivo del nesso causale o addirittura come coincidente con la fattispecie giuridica di giustificato motivo oggettivo elaborata dalla giurisprudenza, non si riesce ad individuare un fondamento razionale e di giustizia nella diversità di disciplina tra le due sottofattispecie.

Se il *fatto posto a base del licenziamento* fosse solo quello materiale (ad es. una modifica organizzativa con soppressione di uno o più posti di lavoro) e risultasse manifestamente insussistente, potrebbe trovare applicazione la tutela reintegratoria; se quel medesimo fatto fosse esistente ma non causalmente rilevante rispetto alla posizione del lavoratore, sarebbe precluso ogni effetto ripristinatorio ed il lavoratore potrebbe ottenere solo l'indennità risarcitoria.

Se si facesse rientrare nel *fatto posto a base del licenziamento* oltre al fatto materiale anche il nesso eziologico, potrebbe disporsi la reintegra se la modifica organizzativa fosse insussistente o non determinante rispetto alla posizione del dipendente, mentre vi sarebbe spazio soltanto per la tutela indennitaria qualora esistesse la possibilità di ricollocare quest'ultimo in altre mansioni equivalenti e disponibili.

Così, seguendo le possibili letture del termine “fatto” ed esteso quest'ultimo fino a comprendere tutti i requisiti elaborati dalla giurisprudenza per il motivo oggettivo, potrebbe adottarsi la reintegra se, ad esempio, fosse violato l'obbligo di *repêchage*, nel rispetto degli altri estremi del giustificato motivo oggettivo, mentre il lavoratore avrebbe diritto unicamente alla tutela indennitaria se il licenziamento risultasse adottato per fini di incremento del profitto.

Occorre in proposito considerare che non è in alcun modo mutato il contesto costituzionale di riferimento e che quindi anche il nuovo art. 18 deve essere letto in assoluta coerenza con le disposizioni delle Carte europee (art. 30 della Carta di Nizza recepita dal Trattato di Lisbona; art. 24 della Carta Sociale Europea, ratificata con la l. n. 30/99; Convenzione OIL n. 158/82) e con gli artt. 4, 35, 41, comma 2, Cost., che impongono la ricerca di un punto di equilibrio tra l'esercizio della libertà economica e l'esigenza di protezione della dignità del lavoratore.

Se è vero che, secondo l'art. 41 Cost., l'assetto organizzativo e produttivo dell'impresa è rimesso alla libera valutazione del datore di lavoro, è altrettanto pacifica la esistenza di limiti, costituzionalmente fissati, alla libertà di iniziativa economica a tutela di diritti fondamentali del lavoratore. Fra questi, il diritto, di rango costituzionale, alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato che trova il suo fondamento in una concezione del rapporto di lavoro come situazione sociale alla cui stabilità sono legati interessi del lavoratore che trascendono il credito retributivo e che costituiscono “il presupposto (di diritto ma anche di fatto) per la intitolazione del complesso dei beni della vita che hanno fondamento nella condizione sociale di occupato”¹⁷.

Come costantemente ribadito dalla giurisprudenza, gli interessi coinvolti nel rapporto di lavoro impediscono di ricondurre questo esclusivamente ad una fattispecie di scambio in quanto “il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost., realizza non

¹⁷ M. D'Antona, *Tutela reale del posto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 2.

solo l'utilità economica promessa dal datore ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36"¹⁸.

Da un altro punto di vista, la reintegra nel posto di lavoro rappresenta, nell'ambito della responsabilità contrattuale, applicazione coerente dei principi generali che pongono a carico della parte inadempiente l'obbligo di risarcire tutti i danni subiti dalla controparte.

Nell'ambito generale del diritto privato, l'art. 2058 c.c. pone come regola l'obbligo di reintegrazione in forma specifica, se giuridicamente e materialmente possibile, e subordina il risarcimento per equivalente alla condizione che la reintegra risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore, ciò in coerenza con l'art. 24 Cost. che costituisce la traduzione, sul piano processuale, del medesimo principio.

La conclusione, che valorizza la tutela contrattuale in forma specifica come regola, *"serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi norma settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità...ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma"*¹⁹.

Ora, è vero che nel nostro sistema la tutela reintegratoria è priva di copertura costituzionale come dimostra la esistenza nel regime previgente, accanto alla tutela reale, di una tutela cd. obbligatoria, dettata dall'art. 8 l. n. 604/1966.

Ma in virtù dei principi finora enunciati, che garantiscono la tutela contro il licenziamento ingiustificato e indicano come regola, nel nostro ordinamento, il ristoro in forma specifica, specie laddove siano lesi diritti fondamentali del lavoratore, la scelta legislativa di prevedere la reintegra e il suo spazio di operatività non può che obbedire a criteri di proporzionalità e ragionevolezza, laddove *"la proporzionalità rappresenta il filo conduttore del razionale/ragionevole che modella l'articolazione delle logiche sottese, rispettivamente, all'azione economica dell'imprenditore e ai diritti e alle libertà del lavoratore"*²⁰.

Nel sistema in vigore fino alla riforma del 2012, la previsione di una tutela differenziata contro i licenziamenti illegittimi era legata alle diverse dimensioni aziendali e rispetto ad essa si è, comunque, posto il problema della possibile violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza, sancito dall'art. 3 della Carta fondamentale.

La Corte costituzionale ha sempre giudicato ragionevole e insindacabile la disparità tra i lavoratori delle grandi e delle piccole imprese in base a due presupposti: il primo legato alla necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese di minori dimensioni²¹; il secondo fondato sulla particolare fiduciarietà delle relazioni di lavoro nelle piccole imprese, ritenute incompatibili con la ricostruzione integrale degli effetti del rapporto, propria della tutela reale²².

¹⁸ Cass. S.U., sent. n. 141/2006.

¹⁹ cfr. Cass. S.U., sent. n. 613/1999.

²⁰ A. Perulli, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, III, p. 412.

²¹ C. cost., sent. n. 81/1969.

²² C. cost. sent. nn. 2 e 44/1986.

La disciplina introdotta con la legge del 2012 ridimensiona le ipotesi in cui opera la reintegra ed allarga correlativamente lo spazio della tutela indennitaria, senza tuttavia che ciò risponda a criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

Infatti, il discrimine tra tutela reintegratoria e indennitaria, in aziende delle medesime dimensioni (con più di sedici dipendenti), è affidato ad elementi (fatto posto a base del licenziamento o estremi del giustificato motivo oggettivo) non solo di difficile definizione, con tutte le conseguenze in termini di incertezze applicative, ma anche non significativi di differenze sostanziali, anzi interscambiabili all'interno della nozione unitaria posta dall'art. 3 l. n. 604/1966.

E che la distanza del nuovo art. 18 da un sistema ragionevole e coerente, nel senso costituzionale dei termini, sia particolarmente elevata si ricava dall'ottica in cui il fenomeno del licenziamento è considerato.

Nonostante la nuova rubrica richiami la *tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, per la l. n. 92 l'illegittimità del licenziamento rileva solo in quanto si traduca in una sanzione per il datore di lavoro, cioè in un costo per l'impresa.

Tanto che, nel sistema sanzionatorio appositamente introdotto, viene ad essere graduata l'illegittimità del licenziamento, e quindi la gravità della risposta sanzionatoria, in base alla intensità della violazione degli obblighi da parte datoriale, obliterando del tutto il punto di vista del lavoratore e con esso la violazione degli obblighi contrattuali da parte del datore che si palesa nella perdita del posto di lavoro, nonché il concetto di reintegra quale forma di risarcimento specifico, che – come detto – l'ordinamento pone come regola generale, prediligendo una tutela dei diritti ampia ed integrale.

Di fronte ad un licenziamento che sia pacificamente illegittimo per mancanza del giustificato motivo oggettivo, la tutela della perdita del posto di lavoro viene scomposta e frazionata a seconda che la violazione delle regole da parte del datore di lavoro sia più o meno macroscopica, senza che ciò sia in alcun modo preventivabile dal lavoratore (che, nel sistema previgente, era invece consapevole, all'atto dell'assunzione, del regime di tutela, reale o obbligatoria, a cui avrebbe avuto diritto) e senza il minimo contemperamento con altri valori che non dipendano, in modo esclusivo ed assoluto, dalle scelte imprenditoriali *contra legem*.

La dottrina non ha mancato di esplicitare il senso e la portata di queste idee riformatrici sottolineando come adesso *"la tutela reale (sia) prevista...solo nei...casi di ingiustificatezza qualificata...tutti indicativi di ingiustificatezza macroscopica equivalente al 'torto marcio' del datore di lavoro"*²³.

Si è, in sostanza, cercato di introdurre una ripartizione, articolata ma in fondo flebile, tra le ipotesi in cui il giustificato motivo oggettivo sia esistente, quelle in cui sia macroscopicamente inesistente e, tra questi due estremi, l'ulteriore eventualità, vera e propria zona grigia, in cui il giustificato motivo non ricorra ma la violazione delle regole e dei principi posta in essere dal datore di lavoro non appaia poi così eclatante da esigere un ripristino del rapporto di lavoro, individuandosi il punto di equilibrio tra la garanzia dei diritti del lavoratore e

²³ A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, in www.giappichelli.it/home/978-88-7524-210-7,7524210.asp.1, § 6.

l'esigenza di lasciare all'impresa un più ampio margine di manovra e di determinazione degli organici²⁴ nel risarcimento indennitario.

È stata così delineata una zona in cui l'imprenditore è sostanzialmente libero di licenziare, anche in difetto, non macroscopico, di un giustificato motivo oggettivo, potendo previamente calcolare il costo di tale scelta, al pari degli altri costi aziendali, e senza che in questo spazio possano interferire le valutazioni del giudice; perché ove questi ritenesse non integrato il giustificato motivo oggettivo, nessuna conseguenza deriverebbe per l'organizzazione aziendale, se non un esborso in misura preventivabile nel minimo e nel massimo.

È lo stesso concetto di giustificato motivo oggettivo ad essere stato spezzettato (con riferimento alle imprese a cui si applica l'art. 18) perché con le disposizioni della l. n. 92 l'ordinamento dà ingresso, accanto al giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 l. n. 604/1966, ad un diverso giustificato motivo di recesso valido per l'impresa, ma illegittimo per l'ordinamento e comunque tale da determinare la perdita del posto di lavoro.

L'ordinamento rinuncia alla tutela in forma specifica proprio laddove sono in gioco valori e diritti fondamentali dei lavoratori, accettando di situare il punto di equilibrio di cui all'art. 41, comma 2, della Carta costituzionale nelle mani dell'impresa.

È così evidente la mancanza di proporzionalità di una simile disciplina che i tentativi dottrinari di sistemazione razionale nessun altro risultato hanno ottenuto se non quello di far emergere lo scopo ultimo del nuovo art. 18, cioè evitare, o ridurre al minimo, la reintegra, consentendo al datore di lavoro di organizzare l'impresa senza ostacoli all'aggiustamento degli organici²⁵, inseguendo unicamente obiettivi di competitività.

In tal senso depongono le tesi che riducono la tutela del posto di lavoro ai casi estremi, di mala fede del datore che licenzia sapendo che non ricorre alcuna ragione economica²⁶, o quelle che collegano la reintegra alla lesione di un diritto assoluto della persona, la dignità del lavoratore, e l'indennizzo agli interessi economici e professionali dello stesso²⁷, il che equivale a dire che è sempre consentita la perdita del posto di lavoro fino al limite della umiliazione della persona.

6. La violazione del principio di uguaglianza.

Il difetto di ragionevolezza, costituzionalmente rilevante, della disciplina in esame emerge, da un altro punto di vista, anche nel confronto con la regolamentazione dettata per fattispecie comparabili.

Il comma 7 dell'art. 18, nella prima parte, disciplina il licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore o intimato in violazione dell'art. 2110 c.c., comma 2, e prevede, per il

²⁴ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in www.pietroichino.it, p. 16.

²⁵ P. Ichino, *op. loc. cit.*

²⁶ A. Vallebona, *op. loc. cit.*

²⁷ P. Ichino, *op. cit.*, p. 11.

caso in cui si accerti il difetto di giustificazione, che si applichi la tutela reintegratoria di cui al comma 4.

Costituisce orientamento giurisprudenziale ormai consolidato quello che ravvisa nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa per *factum principis* o per altra ragione non imputabile al lavoratore (inidoneità fisica, carcerazione preventiva, revoca di permessi o concessioni amministrative indispensabili al dipendente per eseguire la propria attività) un giustificato motivo oggettivo di licenziamento²⁸.

L'art. 18 comma 7, prima parte, seleziona, nell'ambito delle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, alcune fattispecie, legate specificamente all'inidoneità fisica o psichica del lavoratore ed al comportamento di malattia, il che porta a ritenere, anzitutto, che i residui casi (ad es., revoca della patente di guida o di altri permessi o concessioni amministrative necessari per l'espletamento della prestazione) rientrino nella disciplina dettata dalla seconda parte del medesimo comma 7.

Il lavoratore licenziato per inidoneità fisica o psichica o per superamento del periodo di comportamento, ove risulti l'assenza di tale giustificazione, avrà diritto, ai sensi del comma 7 prima parte, alla reintegra nel posto di lavoro.

Il lavoratore licenziato a seguito della revoca della patente o di altro titolo abilitativo o perché in custodia cautelare, ove si accerti la non veridicità del fatto posto a base del recesso, non ha necessariamente diritto alla reintegra ma può essere reintegrato secondo una valutazione rimessa al giudice. Non solo: ove la insussistenza del fatto non fosse poi manifesta, al lavoratore spetterebbe solo una tutela indennitaria.

Appare evidente come di fronte a decisioni di recesso fondate su presunte impossibilità della prestazione lavorativa risultate non veritiere, la risposta dell'ordinamento sia differente in maniera del tutto irrazionale, concedendo una diversa intensità di tutela senza che ciò risponda, in alcun modo, a principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Peraltro, non si coglie alcuna differenza che possa giustificare la divaricazione delle tutele tra il caso in cui, ad esempio, si accerti che il lavoratore, colpito da sopravvenuta infermità permanente, possa essere adibito a mansioni equivalenti o anche inferiori (purché nel primo caso tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore, e nel secondo, l'adeguamento sia sorretto dal consenso, nonché dall'interesse dello stesso lavoratore²⁹), riconducibile alla prima parte della comma 7, e quello in cui risulti violato l'obbligo di *repêchage*, rientrante nella seconda parte del medesimo comma.

Una ulteriore incoerenza, atta a rendere il nuovo art. 18 contrario al principio di uguaglianza e ragionevolezza, si ricava dal confronto tra la tutela prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e quanto statuito a proposito del licenziamento collettivo.

²⁸ A vario titolo v. Cass., sent. n. 7531/2010, n. 19574/2001, n. 7210/2001, n. 96209/2000.

²⁹ Cass., sent. n. 15500/2009.

L'art. 1, comma 46, della legge Fornero, infatti, ha modificato l'art. 5 l. n. 223/1991 prevedendo, tra l'altro, che in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applichi il regime di cui al comma 4 dell'art. 18.

Ora, la medesima condotta datoriale, violazione dei criteri di scelta nella selezione del personale in esubero, se posta in essere in occasione di un licenziamento individuale, dovrebbe far scattare la sola tutela indennitaria (art. 18, comma 7, seconda parte), se realizzata nell'ambito di un licenziamento collettivo, porta all'applicazione della tutela reintegratoria.

7. La reintegra facoltativa.

Ai sensi dell'art. 18 comma 7, seconda parte, nelle ipotesi in cui il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, può applicare la disciplina reintegratoria prevista dal comma 4.

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 tassative³⁰.

Il legislatore, nell'ambito del medesimo art. 18, laddove ha previsto come vincolante la sanzione della reintegra, ha utilizzato espressioni dal significato inequivoco. Nel comma 4 ha stabilito che *"il giudice...condanna il datore di lavoro alla reintegra"* e nell'ambito del medesimo comma 7 ha distinto i casi in cui il giudice *applica* la disciplina di cui al comma 4 dalla ipotesi in cui *"può applicare la predetta disciplina"*.

La discrezionalità del giudice nel decidere se ricostituire o meno il rapporto di lavoro non ha regole esplicite. La legge non fornisce alcun parametro né alcun criterio a cui il giudice dovrà attenersi nell'esercizio del potere conferitogli.

I criteri elencati nel comma 7 (iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e comportamento delle parti nella procedura di cui all'art. 7 l. n. 604/1966, oltre ai criteri di cui al comma 5: anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti) non riguardano l'esercizio del potere di reintegra, bensì la determinazione dell'indennità risarcitoria tra il minimo ed il massimo previsti.

La introduzione di un potere ampiamente discrezionale quanto alla ricostituzione del posto di lavoro, che costituisce una vera anomalia nell'ordinamento giuridico, appare tanto più inspiegabile ove si consideri che la reintegra facoltativa è contemplata solo in relazione all'accertata manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, cioè in casi di macroscopica pretestuosità delle ragioni datoriali nei quali una differenziazione delle conseguenze sanzionatorie appare difficilmente concepibile e giustificabile.

L'ampia discrezionalità attribuita al giudice dal nuovo art. 18, oltre che fonte di iniquità per le possibili diverse interpretazioni ed applicazioni in sede giudiziaria, solleva fondati dubbi di legittimità costituzionale.

³⁰ A. Maresca, *op. cit.*, p. 24.

Anzitutto, la ricostituzione del rapporto di lavoro nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo è solo facoltativa e mai obbligatoria, diversamente da quanto accade a proposito del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

Posto che anche il licenziamento disciplinare, al pari di quello motivato da ragioni economiche, trova fondamento nelle esigenze organizzative dell'impresa³¹, non appare costituzionalmente ragionevole l'aver ricollegato alle due forme di recesso conseguenze così diverse quanto al ripristino del rapporto di lavoro³².

8. L'onere della prova.

Ai sensi dell'art. 5 l. n. 604/1966 continua a gravare sul datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento, quale presupposto e fondamento normativo del potere di recesso.

Il datore di lavoro dovrà quindi allegare e dimostrare il giustificato motivo oggettivo di recesso, in tutti gli elementi, fattuali e valutativi, che lo compongono.

Il mancato assolvimento di tale onere probatorio comporta la declaratoria di illegittimità del licenziamento.

L'art. 18 riformato prevede, al comma 7, che il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e non individua la parte su cui grava il relativo onere probatorio.

Qualche autore³³ si è affrettato a predicare l'esistenza in capo al lavoratore di un onere di deduzione e prova delle circostanze che integrano la ingiustificatezza qualificata sul rilievo che questa, in quanto presupposto della reintegra (obbligatoria o facoltativa), interessa al lavoratore.

L'ipotizzato spostamento, anche solo per alcuni aspetti, dell'onere probatorio sul lavoratore non può sostenersi né in base all'art. 5 l. n. 604, che individua espressamente ed unicamente il datore di lavoro quale soggetto onerato, né in base alla disciplina generale sulla ripartizione dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. ed a quella in tema di onere probatorio nella responsabilità contrattuale posta dall'art. 1218 c.c.

Ricostruita l'impugnazione del licenziamento come azione di adempimento e/o di responsabilità per inadempimento, devono individuarsi i fatti costitutivi della domanda (della cui allegazione e prova è onerato il lavoratore) nella pregressa esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e nella sua interruzione per iniziativa della controparte ed i fatti impeditivi degli effetti giuridici che il lavoratore mira a conseguire (di cui è onerato il datore di lavoro) nella sussistenza di una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento³⁴.

Fermo il preesistente regime di ripartizione dell'onere probatorio, è inevitabile rilevare le disarmonie e le asimmetrie indotte dal nuovo art. 18, poiché l'oggetto dell'onere probatorio (e quindi dell'accertamento del giudice) ed i

³¹ Si rinvia sul punto al contributo in questo Volume di A. Terzi.

³² Cfr. V. Speciale, *op. cit.*, p. 560.

³³ A. Vallebona, *op. loc. cit.*

³⁴ Principio consolidato: cfr. per tutte Cass., sent. n. 613/1999.

requisiti di legittimità del recesso, un tempo coincidenti ed identificabili nell'esistenza di un giustificato motivo di licenziamento, sono adesso completamente disallineati.

Il datore di lavoro continua ad essere onerato della prova di esistenza di un giustificato motivo oggettivo, i requisiti di legittimità del recesso sono suddivisi in fatto posto a base del licenziamento ed altri estremi del motivo oggettivo e l'accertamento giudiziale, concepito in funzione delle diverse tutele applicabili, ha ad oggetto l'insussistenza del fatto o degli altri estremi.

Tentando di coordinare le disposizioni in esame, deve ritenersi che l'onere probatorio, tuttora posto dall'articolo 5 a carico del datore, sia - a seguito del nuovo art. 18 - in qualche modo stratificato in diverse componenti in vista di un accertamento giudiziale che deve procedere gradatamente e secondo un ordine priorità, investendo prima il fatto posto a base del recesso (con tutti i problemi connessi all'individuazione del contenuto e dei confini del *fatto*) e poi gli altri estremi del motivo oggettivo.

Ove il datore di lavoro dimostri l'esistenza del fatto, il giudice, tramutata la comprovata esistenza del fatto in mancanza di manifesta insussistenza, dovrà escludere la tutela reintegratoria e passare a valutare gli altri estremi del giustificato motivo oggettivo, la cui mancanza consente soltanto una forma di tutela indennitaria.

Qualora, invece, il datore di lavoro non riesca a dimostrare l'esistenza del fatto posto a base del recesso, il giudice dovrà compiere, si ritiene sulla base di allegazioni e prove gravanti sempre sulla parte datoriale, un ulteriore passo per stabilire se l'insussistenza del fatto sia o meno manifesta.

Insomma, le incertezze concettuali derivanti dalla scomposizione del giustificato motivo oggettivo si traducono, inevitabilmente, in incertezze applicative con riflessi destabilizzanti sia quanto alla ripartizione dell'onere probatorio e sia riguardo all'oggetto dell'accertamento giudiziale e alle relative conseguenze.

9. La domanda del lavoratore.

Nell'ultimo periodo, l'art. 18 comma 7 prevede: *"qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo"*.

La previsione riguarda l'eventualità che il dipendente, nell'impugnare il licenziamento intimato per motivo oggettivo, formuli una specifica domanda volta a far accertare l'esistenza di ragioni discriminatorie o disciplinari quali determinanti del recesso, potendo, in caso di accertamento positivo, usufruire delle forme di tutela collegate alle suddette causali.

Se può astrattamente ipotizzarsi un interesse del lavoratore ad ottenere il riconoscimento della nullità del recesso per motivi discriminatori, con onere della prova a proprio carico, è difficile immaginare la praticabilità di una domanda

volta a far emergere motivi disciplinari, mai contestati, come fattore determinante del recesso formalmente intimato per ragioni economiche.

Lo stesso lavoratore dovrebbe farsi carico di ipotizzare la possibile incolpazione quale motivo reale, ma occulto, del recesso, di dimostrarne il ruolo determinante rispetto al licenziamento e provare poi l'insussistenza dell'addebito.

La disposizione, di difficile applicazione pratica, sembra piuttosto far emergere una riserva mentale legata al possibile utilizzo di ragioni economiche, in quanto veicolo per evitare più facilmente la reintegra, come motivo formale di licenziamenti dettati, in verità, da motivi disciplinari o addirittura discriminatori.

10. La conciliazione preventiva.

L'art. 1, comma 40, l. n. 92 riscrive l'art. 7 l. n. 604 introducendo, in analogia con la disciplina dei licenziamenti collettivi, uno strumento conciliativo applicabile ai licenziamenti disciplinati dall'art. 18.

La procedura di conciliazione è materialmente inserita nella legge del 1966, è riferita ai licenziamenti per motivo oggettivo di cui all'art. 3 della citata legge ma opera non per i licenziamenti rientranti nell'ambito di applicazione della l. n. 604 bensì per quelli disposti da datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 18.

La procedura ha carattere preventivo, come si ricava dalla previsione dell'obbligo del datore di lavoro di comunicare alla competente Direzione territoriale e trasmettere per conoscenza al lavoratore l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo, con indicazione dei motivi e delle eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore.

È previsto che, se fallisce il tentativo di conciliazione o, comunque, decorso il termine di cui al comma 3, il datore possa comunicare il licenziamento al lavoratore e che il recesso intimato all'esito della procedura conciliativa produca effetto dal giorno della comunicazione di avvio della stessa³⁵, salvo il diritto al preavviso od alla indennità sostitutiva. La procedura, come sottolineato, *“si muove comunque in una logica tutta individualistica e precontenziosa”* (le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza, da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori ma anche da un avvocato o un consulente del lavoro) e difficilmente potrà costituire veicolo di una *“gestione collettiva dei problemi relativi al licenziamento”*³⁶.

La utilità del procedimento sarà, probabilmente, quella di agevolare, nei casi in cui la reintegra sembri improbabile, una soluzione conciliativa monetizzata, che appare sollecitata, da un lato, dalla rilevanza del comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria e della regolazione delle spese legali (secondo il disposto dell'art. 7, comma 8, l. 604 come modificato), dall'altro dalla possibilità per il lavoratore di fruire

³⁵ V. in questo Volume l'articolo di G. Cannella

³⁶ F. Liso, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in csdle.lex.unict.it/archivi/uploads/up_170433988, p. 2.

dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego (A.S.P.I.) pur in difetto della involontarietà dello stato di disoccupazione.

11. Conclusioni.

La riforma del 2012, sebbene abbia lasciato inalterata la disciplina sostanziale in tema di licenziamento individuale dettata dalla l. n. 604/1966, ha tuttavia inciso profondamente sull'impianto giuridico che considerava il vincolo della giustificazione quale limite al potere privato di licenziare e che faceva derivare dalla mancanza del potere modificativo sostanziale in capo al datore di lavoro, per difetto del giustificato motivo quale presupposto normativo di quel potere, l'effetto ripristinatorio del rapporto di lavoro.

In base al nuovo art. 18, la sussistenza del giustificato motivo oggettivo non è più presupposto del potere di recesso in quanto questo è efficace anche in assenza di quei requisiti giustificativi. Il potere datoriale di recesso, in un rapporto continuativo a prestazioni corrispettive quale è quello di lavoro, risulta svincolato dai presupposti giustificativi normativamente posti dall'art. 1 l. n. 604.

Da un altro punto di vista, ciò comporta il venir meno del concetto di licenziamento come *extrema ratio*, proprio di un sistema costituzionale orientato ad un bilanciamento tra gli elementi valoriali insiti nel rapporto di lavoro e la libertà di iniziativa economica e non inquinato dalla *quantificazione del diritto del lavoro*³⁷ e dal ruolo dell'economia come principio ordinatore della società civile.

³⁷ A. Perulli, *op. cit.*, p. 404.

LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI

di Linda D'Ancona

1. La incoerenza delle premesse / 2. Breve cronistoria della materia / 3. La interpretazione rigorosa della procedimentalizzazione / 4. La “neutralizzazione” dei vizi della procedura: la comunicazione dei recessi / 5. Segue: la “sanatoria” sindacale ed i problemi di legittimazione / 6. Le conseguenze sanzionatorie: la riduzione della tutela del lavoratore a favore del procedimento.

1. La incoerenza delle premesse

La legge 28 giugno 2012 n. 92, su disegno di legge di iniziativa del Governo, contiene soltanto tre disposizioni che modificano la disciplina dei licenziamenti collettivi, ossia i commi 44, 45 e 46 dell’art. 1. Le prime due disposizioni intervengono sulla procedura di mobilità collettiva, ossia sull’art. 4 l. n. 223/91, modificandone rispettivamente i commi 9 e 12, mentre la terza interviene sugli effetti della declaratoria di illegittimità dei singoli recessi intimati nell’ambito della procedura di licenziamento, modificando l’art. 5, comma 3, l. n. 223 e ricalcando la disciplina del nuovo art. 18 quanto agli effetti.

Anticipando i tratti salienti della presente analisi, sembra che le due modifiche alla disciplina della mobilità e dei licenziamenti collettivi, contenute nei commi 44 e 45 dell’art. 1, costituiscano altrettante *contromisure* adottate dal legislatore per porre nel nulla orientamenti giurisprudenziali, affermatasi a partire dall’entrata in vigore della l. 23 luglio 1991, n. 223, e volti a tutelare le posizioni dei singoli lavoratori interessati dalla procedura di mobilità o di licenziamento collettivo, attraverso il controllo del puntuale rispetto delle norme disciplinanti il procedimento di riduzione del personale per crisi aziendale.

Infatti, come è stato recentemente affermato, “il proposito di attribuire uno spazio ridotto alla reintegrazione si rinviene anche nella disciplina dei licenziamenti collettivi”¹; molto verosimilmente anche le norme che riducono le possibilità di controllo della procedura di riduzione del personale sono pensate

¹ V. il documento su *La riforma del mercato del lavoro: un piano (inclinato) per la riduzione delle tutele dei lavoratori*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, dell’Associazione per i diritti sociali e di cittadinanza, p. 6.

per restringere al minimo gli spazi di controllo giurisdizionale e di emanazione di pronunce reintegratorie.

Nel preambolo dell'art. 1 l. n. 92, si afferma che l'intento del legislatore è di disporre misure ed interventi tesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, alla crescita sociale ed economica ed alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, in particolare favorendo la instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Tuttavia, non si vede come l'intervento sulle regole procedurali dettate in materia di licenziamento collettivo possa rispondere a tali finalità, tenuto conto che: a) con la procedura di licenziamento collettivo si determina unicamente l'effetto della cessazione di una pluralità di rapporti di lavoro, in quanto le procedure di mobilità, per loro natura, non sono finalizzate ad includere i lavoratori nel mercato del lavoro, né sembra possibile che tale finalità sia realizzata in via indiretta ovvero in una prospettiva più ampia (sarebbe stato necessario spiegare in che modo, ma nei lavori preparatori non vi è traccia di alcuna ricostruzione in chiave prospettica né di alcuna previsione, in base alla quale, nel tempo, le ricadute della normativa in esame sui livelli occupazionali sarebbero di segno positivo); b) la modifica di due momenti o fasi della procedura - quello della comunicazione agli organi competenti (di cui all'art. 4, comma 9, l. n. 223) e quello del possibile accordo sindacale di sanatoria dei vizi della procedura in concreto adottata - realizzano solo l'effetto di allargare le maglie del controllo sull'imprenditore che faccia ricorso alla procedura di mobilità; non creano alcun effetto di dinamismo nel mercato del lavoro, ma evidenziano in modo inequivocabile "l'ispirazione marcatamente neo-liberista che caratterizza la riforma"².

2. Breve cronistoria della materia

La materia delle procedure di mobilità e dei licenziamenti collettivi è disciplinata, ormai da tempo ed in modo organico, dalla l. n. 223, che ha dettato una disciplina puntuale e rigorosa sul procedimento da adottare per giungere all'esito di una vicenda di riduzione del personale.

In precedenza, è utile rammentarlo, la disciplina dei licenziamenti collettivi si rinveniva negli Accordi Interconfederali del 20 dicembre 1950 e del 5 maggio 1965. Il primo prevedeva che la direzione dell'azienda dovesse informare la propria organizzazione territoriale, comunicando i motivi della decisione di ridurre il personale; l'associazione degli industriali avrebbe poi trasmesso la comunicazione alle organizzazioni provinciali territoriali dei lavoratori; queste ultime avrebbero potuto richiedere, entro cinque giorni, un incontro allo scopo di conoscere i motivi del licenziamento, le possibilità di evitarlo, e l'esame della situazione aziendale, anche allo scopo di raggiungere un accordo sul numero dei licenziamenti da effettuare. In sostanza, l'Accordo Interconfederale del 1950 prevedeva, *in nuce*, una

² *Ibidem*.

procedura che poi sarebbe stata quella, molto più articolata e completa, disciplinata dalla legge del 1991. L'Accordo in questione era stato recepito dal d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1019, rendendolo obbligatorio, ma – come noto – la norma venne dichiarata costituzionalmente illegittima, per eccesso di delega rispetto alla l. 14 luglio 1959, n. 741, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 8/66.

In sostanza, la disciplina dei licenziamenti collettivi si è sviluppata lungo la direttrice del necessario controllo, da parte delle organizzazioni sindacali, delle determinazioni datoriali e dei criteri di scelta dei lavoratori, allo scopo di garantire il più possibile il mantenimento dei livelli di occupazione, evitando tagli al numero di dipendenti non giustificati dalla reale portata della crisi, e di tutelare i lavoratori interessati dalla riduzione di personale, evitando disparità di trattamento e/o discriminazioni.

Sin dagli anni settanta, la giurisprudenza di legittimità aveva evidenziato che l'art. 11 l. n. 604/66, nell'escludere la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale dalla sua operatività, aveva implicitamente affermato la regola della insindacabilità delle scelte datoriali con riferimento alle dimensioni della impresa, e ciò in armonia con la libertà di iniziativa imprenditoriale, costituzionalmente garantita; aveva, quindi, enucleato il principio secondo cui i licenziamenti collettivi per riduzione del personale si sottraggono ad ogni sindacato di merito da parte del giudice in ordine alle dimensioni della impresa, ragion per cui la tutela degli interessi dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro viene rimessa all'autonomia collettiva ed agli accordi che ne costituiscono espressione³. Pertanto, quantomeno dall'entrata in vigore della l. n. 604, si è escluso che il sindacato giurisdizionale potesse estendersi al merito delle scelte tecniche, organizzative e produttive dell'imprenditore; la giurisprudenza ha progressivamente affinato tale principio, giungendo ad affermarlo in modo sempre più esplicito, fino all'entrata in vigore della l. n. 223, allorché la previsione di un procedimento rigorosamente scandito, con obbligatorio coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, ha costituito il punto di emersione del precedente viatico, nel senso di sancire definitivamente la sostituzione di un controllo giurisdizionale di merito delle scelte datoriali con la verifica del rispetto dei passaggi procedimentali previsti a garanzia della regolarità circa l'attuazione delle determinazioni dell'imprenditore in ordine alle dimensioni della impresa.

³ Cass. n. 2496/72, secondo cui "l'art. 11 della legge 15 luglio 1966, n. 604, nel sottrarre la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale alla disciplina della legge stessa, sancisce implicitamente il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali per quanto attiene alle dimensioni dell'impresa, cioè alla eliminazione di alcuni settori dell'impresa medesima, e ciò in armonia con la garanzia costituzionale dell'iniziativa in materia economica. Pertanto, i licenziamenti collettivi per riduzione del personale si sottraggono ad ogni sindacato di merito da parte del giudice, e la tutela dell'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro è rimessa all'autonomia collettiva delle associazioni sindacali e agli accordi che ne costituiscono espressione". Successivamente, Cass. S.U. n. 1270/79, ha chiarito che il sindacato del giudice, oltre che avere ad oggetto la sussistenza dei presupposti per la esclusione della disciplina sul licenziamento individuale, può estendersi al controllo circa il rispetto dei patti sindacali per la selezione dei dipendenti da licenziare, tenendo conto della incensurabilità delle scelte tecniche e produttive del datore di lavoro (limite superabile solo qualora il licenziamento del singolo dipendente non sia ricollegabile alla ristrutturazione aziendale). Conformi al suddetto principio, Cass. n. 1342/75, ed implicitamente anche Cass. n. 895/74.

3. La interpretazione rigorosa della procedimentalizzazione

In sostanza, la verifica della sussistenza della crisi aziendale e della congruità delle determinazioni datoriali rispetto allo stato di crisi dichiarato, è affidata alle organizzazioni sindacali, alle quali devono giungere le comunicazioni di avvio della procedura, e che devono essere coinvolte nell'esame congiunto previsto dall'art. 4 l. n. 223/91; il controllo giurisdizionale, che non può mai spingersi alla verifica della opportunità delle scelte datoriali, è ormai da tempo unicamente incentrato sulla verifica della regolarità formale della procedura seguita dal datore di lavoro, senza alcuna possibilità di valutare le ragioni tecniche organizzative e produttive che abbiano determinato la scelta datoriale⁴.

In proposito, occorre rammentare che la giurisprudenza di legittimità si è attestata da tempo su una posizione chiara, in base alla quale nei licenziamenti collettivi per riduzione di personale, gli artt. 4 e 5 l. n. 223, nel prevedere una puntuale e cadenzata procedimentalizzazione nell'attuazione della scelta datoriale, hanno introdotto un significativo elemento di novità: si è passati, infatti, dal controllo giurisdizionale esercitato *ex post*, come era nel precedente assetto normativo, ad un controllo della iniziativa imprenditoriale affidato *ex ante* alle organizzazioni sindacali, che sono perciò divenute depositarie di incisivi poteri di informazione e consultazione, con possibilità di verifica della effettiva sussistenza delle ragioni di crisi aziendale e di controllo della metodica adottata per affrontare la crisi nel corso della procedura, mediante l'esame congiunto e l'apertura di tavoli di trattative. Pertanto, i residui spazi devoluti al controllo in sede giurisdizionale non riguardano gli specifici motivi della riduzione del personale, bensì soltanto la correttezza procedurale dell'operazione, ivi compresa la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento ed i singoli provvedimenti di recesso, con la conseguenza che non potevano, e non possono, trovare ingresso in sede giurisdizionale tutte quelle censure volte ad indurre l'autorità giudiziaria a svolgere una indagine circa la sussistenza di effettive esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva.

Ne è derivato che, sin dall'entrata in vigore della legge del 1991, l'unica tutela accordata ai lavoratori interessati da una procedura di mobilità o da un licenziamento collettivo consisteva e consiste nella rigorosa osservanza delle norme procedurali previste dagli artt. 4 e 5 citati, così da garantire un controllo dell'operato datoriale mediante la trasparenza e la conoscibilità di tutti i passaggi

⁴ Tra le tante v. Cass. n. 5089/2009, secondo cui *"in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale, la L. 223 del 1991, nel prevedere agli artt. 4 e 5, la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato ex post nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto ex ante alle organizzazioni sindacali, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione, ... così che i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale, ma la correttezza procedurale dell'operazione"*. Nello stesso senso, Cass. n. 5516/2003; Cass. n. 21541/2006; Cass.S.U. n. 302/2000, secondo cui il programma (di riduzione del personale) che l'imprenditore intende attuare è sottoposto ad un controllo preventivo delle associazioni sindacali (e di organismi pubblici).

della complessa procedura, e nella verifica del rispetto delle regole formali poste a garanzia di validità e correttezza della complessiva operazione.

Era, pertanto, evidente, come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, che i passaggi formali della procedura di licenziamento collettivo dovessero essere puntualmente rispettati, senza possibilità di deroghe alla disciplina che prevede la rigorosa procedimentalizzazione dell'esodo collettivo.

In tal senso, sin dall'inizio del 2000 si è affermato il principio secondo cui la violazione delle regole procedurali di cui agli artt. 4 e 5 si ripercuote negativamente sulle singole comunicazioni di recesso datoriale, consentendo a ciascun lavoratore di impugnare per vizi formali il licenziamento intimatogli nell'ambito della procedura di mobilità collettiva. Invero, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intervenute a comporre un contrasto giurisprudenziale, hanno affermato che in materia di licenziamenti collettivi le norme di cui alla l. n. 223/91 sono finalizzate non solo alla tutela degli interessi collettivi ma anche e soprattutto degli interessi dei singoli lavoratori interessati dalla procedura, ragion per cui la sanzione della inefficacia del singolo licenziamento si applica anche nel caso di violazione dell'art. 4, comma 9, secondo cui il datore di lavoro deve dare comunicazione contestuale, ai competenti uffici del lavoro ed alle organizzazioni sindacali, delle specifiche modalità di applicazione dei criteri di scelta ai lavoratori da licenziare. Tale vizio può essere fatto valere da ciascun lavoratore interessato nel termine di 60 giorni previsto dall'art. 5, mentre il relativo vizio procedurale può essere sanato mediante il compimento o la rinnovazione dell'atto mancante o viziato⁵. In sostanza, attraverso il richiamo effettuato dall'art. 5, comma 3, all'art. 4, comma 12, si giunge alla conclusione secondo cui la procedura di licenziamento ripercuote i suoi effetti sulle singole comunicazioni di recesso datoriale, al punto da inficiare la validità di queste ultime nel caso di vizi della procedura disciplinata, in modo puntuale e rigoroso, dall'art. 4.

Pertanto, il lavoratore aveva, fino ad oggi, una tutela rafforzata, nel senso che la verifica dell'osservanza della procedura prevista dall'art. 4 non solo è rimessa all'azione delle organizzazioni sindacali, ma è consentita anche al singolo lavoratore, allo scopo di tutelare il suo diritto alla conservazione del posto di lavoro qualora non si sia in presenza di un formale rispetto della procedura. In proposito, le Sezioni Unite del 2000 hanno evidenziato che, mentre nel licenziamento individuale il lavoratore è garantito dal controllo giurisdizionale, esercitato a posteriori sui motivi del recesso, nei licenziamenti collettivi il controllo è preventivo ed è affidato alle organizzazioni sindacali ed ai competenti uffici del lavoro, giacché la legittimità dei recessi è strettamente collegata alla puntuale osservanza ed alla regolarità della sequenza procedimentale ideata dal legislatore. Per i giudici di legittimità la predetta sequenza è stata prevista allo scopo di garantire una tutela il più completa possibile a tutti i soggetti coinvolti nella procedura ed in particolare ai lavoratori da licenziare, ossia a quanti subiscono massimamente gli effetti della procedura, e la Corte si spinge fino ad affermare che "poiché sul singolo lavoratore, che non vi partecipa direttamente, ricade

⁵ Cass. S.U. nn. 302 e 419/2000.

l'effetto finale del procedimento ... non può destare meraviglia il fatto che il legislatore abbia sanzionato con l'inefficacia del recesso non solo l'inosservanza delle varie fasi procedimentali che precedono l'invio delle comunicazioni conclusive, ma anche le violazioni inerenti a tali comunicazioni"⁶.

Anche nel caso di violazione della regola della contestualità nell'invio delle missive di licenziamento ai singoli lavoratori e della comunicazione di cui al comma 9, è prevista la sanzione della inefficacia dei licenziamenti intimati, secondo quanto previsto dal comma 12 dell'art. 4. La disposizione, così come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, risulta conforme all'impianto della Direttiva n. 1998/59/CE.

4. La "neutralizzazione" dei vizi della procedura: la comunicazione dei recessi

Ciò posto, la riforma del mercato del lavoro della l. n. 92/2012, nel modificare le norme che presiedono alla individuazione delle illegittimità della procedura di mobilità, interviene indirettamente, ma comunque in modo del tutto incisivo, sulle possibilità di impugnativa dei licenziamenti individuali, riducendo in modo consistente le ipotesi in cui può essere applicata la sanzione della inefficacia del licenziamento per vizi formali.

La prima modifica riguarda il termine entro cui deve essere data comunicazione scritta dell'elenco dei lavoratori collocati in mobilità ai soggetti indicati dall'art. 4, comma 9, ossia alla Direzione regionale del lavoro, agli organi sostitutivi della Commissione regionale per l'impiego ed alle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 St.lav. ed alle rispettive associazioni di categoria.

L'intervento normativo è volto ad abrogare l'avverbio "contestualmente" ed a sostituirlo con la locuzione "entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi" (art. 1 comma 44), ragion per cui il nuovo comma 9 dell'art. 4 l. n. 223/1991 sarà del seguente tenore: *"Raggiunto l'accordo sindacale ovvero esaurita la procedura di cui ai commi 6, 7 e 8, l'impresa ha facoltà di collocare in mobilità gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti, comunicando per iscritto a ciascuno di essi il recesso, nel rispetto dei termini di preavviso. Entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi, l'elenco dei lavoratori collocati in mobilità, con l'indicazione per ciascun soggetto del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell'età, del carico di famiglia, nonché con puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'articolo 5 comma 1, deve essere comunicato per iscritto alla Direzione regionale del lavoro competente, agli organi competenti, sostitutivi della Commissione regionale per l'impiego, e alle associazioni di categoria di cui al comma 2"*.

L'obbligo di contestualità, tra l'invio delle comunicazioni di recesso ai singoli lavoratori interessati dalla procedura e la trasmissione ai succitati destinatari dell'elenco dei lavoratori da licenziare, trovava giustificazione nella esigenza di rendere controllabile dalle organizzazioni sindacali (e, quindi, indirettamente, dai singoli lavoratori) la correttezza del datore di lavoro nella applicazione dei criteri di scelta dei dipendenti licenziati, così da poter adottare subito eventuali contromisure, ivi compresa la impugnativa di licenziamento da parte del singolo

⁶ Cass. S.U. n. 302/2000.

licenziato, nel caso in cui non fossero stati rispettati i criteri di scelta di cui all'art. 5 ovvero applicati con modalità errate.

In effetti, il nucleo centrale della comunicazione di cui al comma 9 citato risiedeva nell'obbligo, posto in capo al datore di lavoro, di rendere note le modalità di applicazione dei criteri di scelta. La indicazione delle modalità, con cui erano stati applicati i criteri, doveva essere "puntuale" e l'aggettivo, per nulla casuale, rimarcava l'accento sulla necessità di trasparenza dell'operato datoriale, tenuto conto dei confliggenti interessi dei lavoratori coinvolti nella procedura. Era parso, dunque, evidente, alla giurisprudenza, dover interpretare l'avverbio "contestualmente" in modo rigoroso⁷, sicché non era ammissibile che il datore di lavoro facesse partire le comunicazioni agli organismi sopraindicati anche soltanto pochi giorni dopo aver inviato ai singoli lavoratori le missive di licenziamento. La necessaria contestualità della comunicazione di cui al comma 9 costituiva un presidio di garanzia per i lavoratori, in quanto consentiva inoltre la verifica delle modalità di applicazione dei criteri di scelta in un contesto che vedeva, e vede, i lavoratori in conflitto di interessi tra loro. Tanto che gli unici casi in cui la giurisprudenza ha ammesso la inapplicabilità della sanzione della inefficacia dei licenziamenti sono stati quelli in cui il ritardo nelle comunicazioni era determinato da disguidi tecnici o di natura formale, comunque non imputabili al datore di lavoro.

È utile tenere presente che la interpretazione più elastica, secondo cui la contestualità non doveva essere intesa come effettivo e formale invio in contemporanea delle missive di recesso e delle comunicazioni ai destinatari per legge, è stata considerata dissonante rispetto al sistema ideato dal legislatore ed attuato dalla l. n. 223, in quanto riduceva la funzione della comunicazione a mero adempimento formale, il cui ritardo non avrebbe determinato alcun sostanziale effetto negativo, senza tener conto dello scopo della medesima, prevista a garanzia dei lavoratori.

Ciò posto, si potrebbe ritenere che un ritardo di sette giorni nell'invio della comunicazione agli organismi in questione sia sostanzialmente innocuo; è stato affermato che "la flessibilità così introdotta può sembrare, in astratto, addirittura ragionevole"⁸.

Occorre in realtà tenere presente che viene meno uno strumento di tutela per nulla secondario; invero, con l'adozione di un sistema di comunicazione più "fluida" (e non più rigoroso) è la funzione di garanzia e di trasparenza della comunicazione ad essere considerata non rilevante ed è la conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo di invio della comunicazione ad essere completamente modificato, in quanto la illegittimità dei licenziamenti cui siano accompagnate comunicazioni agli organi di controllo - v. *infra* § 6. - non sarà più sanzionata con la reintegrazione dei lavoratori bensì soltanto con la indennità

⁷ Cass. S.U. n. 302/2000; Cass. n. 13457/2000; Cass. n. 5658/2004; Cass. n. 15898/2005; Cass. n. 1722/2009; Cass. n. 7490/2011. Ancora, da ultimo, Cass. n. 750/2012, nonché per la reiterata indicazione della necessità di trasparenza del processo decisionale datoriale v. Cass. n. 5582/2012.

⁸ C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, p. 34, in <http://csdile.lex.unict.it>

risarcitoria.

Con un farraginoso sistema di rinvii, inoltre, si giunge a stabilire che il ritardo nell'invio della comunicazione di cui al comma 9 dell'art. 4 comporta la illegittimità del licenziamento, escludendo anche in questo caso la tutela reintegratoria; nella specie è impreciso anche il richiamo al terzo periodo del comma 7 del nuovo articolo 18, in quanto quest'ultima disposizione richiama a sua volta il comma 5, norma che effettivamente prevede il tipo di sanzione, escludendo palesemente la tutela reintegratoria (*il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento*) e prevedendo soltanto la condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva. Questa scelta del legislatore manifesta la opzione di agevolare le decisioni imprenditoriali di riduzione del personale. Sennonché, per effetto dell'ambigua formulazione della norma e del complicato sistema di rinvii contenuto nel comma 46, non si coglie con immediatezza il fatto che la tutela reintegratoria è esclusa anche nel caso in cui il datore di lavoro ometta del tutto la comunicazione di cui al comma 9 ovvero qualora violi in altro modo la procedura prevista dall'art. 4 l. n. 223.

Il che significa, in sostanza, rendere più agevole al datore di lavoro violare le regole procedimentali poste a garanzia della correttezza e della trasparenza dell'*iter* previsto per il licenziamento collettivo, riducendo la procedura a mero simulacro formale. Nemmeno è possibile limitare la esclusione della tutela reintegratoria ai soli licenziamenti intimati all'esito di procedure in cui la comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, l. n. 223, sia stata intempestiva, dal momento che la formulazione letterale del comma 46 non sembra fornire spunti per una interpretazione diversa e più coerente con l'impianto legislativo della l. n. 223.

Alla luce di tali considerazioni, appare evidente che la modifica del comma 9 dell'art. 4 ha la funzione di neutralizzare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il ritardo o la omissione della comunicazione determinava la inefficacia dei recessi intimati all'esito della procedura di mobilità; in tal modo si è sottratto ai lavoratori un altro strumento di tutela ed agli organi coinvolti nella procedura (organizzazioni sindacali ed uffici del lavoro) l'unica possibilità di controllare tempestivamente il rispetto dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e l'osservanza della sequenza procedimentale. Fondamentale allora sarà verificare la compatibilità del nuovo assetto della l. n. 223 con le fonti normative europee ed in particolare con la Direttiva n. 1998/59/CE, sebbene l'art. 3 Direttiva citata preveda l'obbligo di notificare per iscritto ogni progetto di licenziamento collettivo all'autorità pubblica, ma non stabilisce alcun termine per tale comunicazione; sembra dunque difficile censurare la nuova normativa per eventuale contrasto con la disciplina eurounitaria.

5. Segue: la "sanatoria" sindacale ed i problemi di legittimazione

Occorre ora prendere in considerazione l'altro nucleo di questioni interpretative, con riferimento al comma 45 dell'art. 1 l. n. 92/2012, secondo cui

“gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo”.

In proposito, è necessario prendere le mosse dalla disciplina degli accordi collettivi e tenere presente che essa influenza in modo decisivo anche gli accordi che potranno essere assunti nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo.

In primo luogo, appare evidente che la norma, così come enunciata, si riferisce a qualsiasi vizio della procedura di licenziamento collettivo, ossia ad uno qualsiasi degli errori o delle omissioni del datore di lavoro sin dall'inizio della procedura.

In particolare, vizi od omissioni che, in precedenza, potevano legittimamente costituire causa di impugnativa del singolo licenziamento, quando le regole della procedura non erano state rispettate, possono oggi essere sanati mediante un accordo collettivo⁹.

È verosimile affermare, innanzitutto, che le parti sociali, nel concludere l'accordo, devono essere pienamente consapevoli dei vizi od omissioni compiuti durante la procedura e dichiarare di voler sanare effettivamente gli specifici vizi. In altre parole, non sarà possibile considerare valido un accordo in cui le parti decidano di sanare, in modo generico ed indistinto, tutti gli eventuali vizi della procedura di mobilità, senza sapere di quali vizi e di quali omissioni si sia trattato e quali ripercussioni abbiano avuto. Mette conto evidenziare che l'accordo di sanatoria in questione ha carattere latamente transattivo, nel senso che, con il riconoscere e sanare i difetti della procedura (determinati da omissioni o inadempienze del datore di lavoro nel darvi corso), si impedisce il sorgere di future controversie, ossia si elimina in radice la possibilità di impugnative di licenziamento individuale fondate su vizi formali della procedura di licenziamento collettivo. In tal senso, l'accordo di sanatoria ha carattere transattivo ed incide sulle posizioni dei singoli lavoratori coinvolti nella procedura di mobilità.

Tale accordo si deve necessariamente iscrivere in un più ampio accordo sindacale, che abbia ad oggetto l'intera procedura di mobilità e definisca, in modo esaustivo, i tempi, i modi, il numero ed i criteri di scelta dei lavoratori da porre in mobilità. In altre parole, non sembra possibile che le parti sociali decidano di sottoscrivere unicamente l'accordo di carattere transattivo, senza procedere alla stesura di alcun accordo concernente l'intera procedura di mobilità. La norma in questione sul punto è chiara: gli eventuali vizi della procedura possono essere sanati *“nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo”*. Non sarà, pertanto, praticabile un accordo avente soltanto la funzione di eliminare i vizi della procedura e che non tocchi in alcun modo modalità, tempi e criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. Risulta

⁹ In precedenza, come già ricordato, la mancata indicazione nella comunicazione di avvio della procedura di tutti gli elementi previsti dall'art. 4, comma 3, l. n. 223, conduceva ad invalidare la procedura e determinare la inefficacia dei licenziamenti; tale vizio era ritenuto, secondo l'indirizzo prevalente, non sanabile dalla successiva stipulazione di un accordo sindacale di riduzione del personale: Cass. n. 15479/2007.

evidente che nella specie il legislatore ha pensato ad un accordo di tipo più ampio che, nell'ambito di trattative di più ampio respiro, elimini (anche) i vizi formali della procedura, determinati da errori od omissioni del datore di lavoro.

In sostanza, l'accordo transattivo sembra avere senso soltanto se si inserisce in un contesto più ampio, dove la sanatoria dei vizi formali della procedura si renda necessaria perché si è ormai raggiunto un accordo sulle questioni più rilevanti, ossia sul numero dei lavoratori da licenziare, sui criteri di scelta e sui tempi e modalità dell'esodo collettivo.

Soltanto in tal modo si comprende la necessità di sanare i difetti procedurali al fine di evitare l'instaurarsi di controversie individuali pur dopo il raggiungimento di un accordo collettivo. La norma mira, dunque, a garantire la parte datoriale, che deve sentirsi sicura di sottoscrivere un accordo collettivo di carattere definitivo ed esaustivo, senza rischiare di ritrovarsi a dover gestire, in un momento successivo, una serie di controversie individuali originate dai vizi della procedura. Pertanto la norma introdotta con la l. n. 92 mostra di favorire gli accordi collettivi che definiscano, in modo condiviso tra le parti, le modalità, il numero dei lavoratori da licenziare, i criteri di scelta ed i tempi di esecuzione dell'esodo collettivo. È evidente che il comma 45 dell'art. 1 si inserisce nel contesto dell'art. 4 l. n. 223 allo scopo di incentivare l'esito positivo delle trattative sindacali previste dai commi 5 ss.: invero, il comma 5 prevede espressamente che entro 7 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione di inizio della procedura di mobilità, su richiesta delle rappresentanze sindacali aziendali e delle rispettive associazioni, si proceda ad un esame congiunto, allo scopo di esaminare le cause che hanno dato origine all'eccedenza di personale ed a verificare la possibilità di misure alternative al licenziamento collettivo. Qualora non sia possibile adottare misure alternative all'esodo collettivo, le soluzioni previste dall'art. 4 sono due: o le parti raggiungono un accordo entro 45 giorni dalla data di ricezione della comunicazione, ed in tal caso l'accordo si sostanzia in una sorta di presa d'atto della ineluttabilità del ricorso alla procedura di licenziamento, definendone tempi e modi; oppure non si raggiunge alcun accordo ed in tal caso, esaurita la procedura di cui ai commi 6, 7 ed 8 dell'art. 4, l'impresa ha facoltà di licenziare i lavoratori individuato sulla scorta dei criteri prefissati.

Pertanto, si ribadisce che non avrebbe senso un accordo sottoscritto dalle parti unicamente allo scopo di sanare vizi della procedura di mobilità, mentre ha senso un accordo che miri ad evitare future ripercussioni giudiziarie del licenziamento collettivo, quando le parti sociali abbiano ritenuto inevitabile il ricorso all'esodo collettivo ed abbiano concorso a scrivere le regole del procedimento di riduzione del personale.

Si pongono, a questo punto, tuttavia, una serie di delicati problemi sulla legittimazione dei sindacati a sottoscrivere gli accordi collettivi che contengano anche la sanatoria dei vizi della procedura di mobilità. L'art. 4, comma 2, l. n. 223 stabilisce che le imprese intenzionate a dare corso ad una procedura di licenziamento collettivo debbano darne comunicazione preventiva, per iscritto, alle rappresentanze sindacali aziendali costituite ai sensi dell'art. 19 St.lav., nonché alle rispettive associazioni di categoria. Le r.s.a. indicate e le loro associazioni

saranno quindi quelle che potranno procedere all'esame congiunto del contenuto della comunicazione di inizio della procedura di licenziamento collettivo; conseguentemente, dette rappresentanze sindacali saranno quelle che, all'esito della trattativa, potranno concludere l'accordo collettivo concernente anche la sanatoria dei vizi della procedura di licenziamento, come previsto dalla norma in commento.

Orbene, l'art. 19 citato prevede, come noto, che *"rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito delle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva"*. Ciò significa che soltanto le associazioni sindacali, firmatarie di contratti collettivi applicati nella impresa, in relazione alla quale è iniziata la procedura di licenziamento collettivo, potranno partecipare alle trattative su un eventuale accordo collettivo che riguardi anche la sanatoria dei vizi della procedura. I sindacati non firmatari del contratto collettivo applicato in azienda non hanno la possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali e non potranno, quindi, partecipare alle trattative su una eventuale procedura di licenziamento collettivo.

In proposito, si è di recente dubitato della legittimità costituzionale di questo approdo dell'art. 19, in quanto si ritiene che non fosse possibile adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma in questione¹⁰.

La ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale mostra, dunque, la irrazionalità di un sistema normativo che pretende di desumere il grado di importanza e dunque di rappresentatività del sindacato non dal seguito che abbia presso i lavoratori (il principio maggioritario dell'art. 39 Cost.), quanto dall'adesione al contratto collettivo applicato in azienda: per cui *"il riconoscimento del carattere rappresentativo del sindacato e quindi la sua meritevolezza, ai fin delle prerogative di cui al titolo III dello Statuto, devono trovare fondamento in un criterio di razionalità che, in base alla giurisprudenza costituzionale, non può essere sganciato dalla prospettiva, ugualitaria e solidaristica, di incentivare l'attività di sindacati che riescano a coagulare e a rappresentare gli interessi del maggior numero di lavoratori"*¹¹.

A fortiori, nel caso di specie l'art. 19 impedisce ai sindacati, che non abbiano

¹⁰ Trib. Modena 4 giugno 2012 (ord.), in *Foro it.*, 2012, I, c. 2519, con nota (che esamina anche Trib. Verona 8 maggio 2012 (decr.) e Trib. Milano 3 aprile 2012 (decr.) che hanno valutato come antisindacale il divieto di costituzione di r.s.a. di organizzazione non firmataria del contratto applicato) di G. Ricci, *La querelle tra Fiom e Fiat sul riconoscimento dei diritti sindacali: la parola alla Corte costituzionale*, con cui il giudice emiliano evidenzia il possibile contrasto dell'art. 19, come riscritto dal referendum del 1995, con gli artt. 2, 3 e 39 Cost. per la irrazionalità del criterio, tenuto conto che la forza e la rappresentatività dei sindacati non può essere valutata sulla base di un parametro esterno e formale, laddove, nell'attuale panorama sindacale caratterizzato dalla rottura dell'unità dei sindacati, dalla conclusione di accordi collettivi separati e da una serie di iniziative poste in essere da uno dei gruppi industriali più importanti (Fiat), un sindacato molto rappresentativo, quanto a numero di iscritti (la FIOM), giunge a non poter avere rappresentanze sindacali aziendali in unità produttive in cui si applichi il contratto collettivo non sottoscritto da tale organizzazione. Le altre due pronunce citate, al contrario, hanno ritenuto antisindacale proprio il diniego di costituzione della r.s.a.

¹¹ Così Trib. Modena 4 giugno 2012, cit.

inteso sottoscrivere il contratto collettivo applicato in azienda, di partecipare alle trattative e di siglare, eventualmente, un accordo sindacale nell'ambito del quale si definiscano le modalità, i tempi, il numero ed i criteri da adottare per scegliere i lavoratori da licenziare, e con cui si giunga anche a sanare i vizi eventualmente causati dal datore di lavoro nell'avviare la procedura di licenziamento. Se si considera che l'accordo di sanatoria degli eventuali vizi della procedura di licenziamento verrebbe ad avere effetto sanante nei confronti di tutti i lavoratori e che una volta concluso l'accordo, alcuno dei lavoratori avrebbe possibilità di ottenere l'annullamento del proprio licenziamento, si comprende che l'effetto della norma risulta aberrante.

Infatti, potrà accadere che pochi o molti lavoratori dell'azienda interessata dal licenziamento collettivo siano iscritti ad organizzazioni sindacali non firmatarie del contratto collettivo applicato in azienda e che le altre oo.ss. firmatarie del contratto raggiungano con il datore di lavoro un accordo nell'ambito del quale siano sanati anche i vizi della procedura di mobilità. Il risultato aberrante consisterebbe altresì nel fatto che gli effetti sananti dell'accordo transattivo (e, comunque, di tutto l'accordo sindacale relativo alla procedura di mobilità) si estenderanno sia ai lavoratori non rappresentati da alcuna organizzazione sindacale sia ai lavoratori rappresentati da organizzazioni sindacali che non hanno potuto partecipare alle trattative perché non firmatarie del contratto collettivo applicato in azienda. In sostanza, quei lavoratori, sebbene non rappresentati da alcuno al tavolo delle trattative avviate nell'ambito di una procedura di licenziamento che riguarda anche loro (e che inciderà in modo definitivo sul loro rapporto di lavoro, ponendo fine ad esso), finirebbero per subire tutti gli effetti dell'accordo collettivo, senza poter nemmeno impugnare il loro licenziamento per vizi della procedura, laddove sia stato raggiunto un accordo di sanatoria.

Allo stato, non si conosce ancora la decisione della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità sollevata ed è difficile preconizzarne l'esito; tuttavia, è certo che il tale giudizio di costituzionalità inciderà anche sulla portata e sull'applicazione del comma 45 dell'art. 1 l. n. 92, nonché sull'intero sistema degli accordi sindacali conclusi nell'ambito di procedure di licenziamento collettivo.

Ed è necessario rilevare che, in base al lungo percorso normativo e giurisprudenziale nei paragrafi iniziali, le organizzazioni sindacali sono state dapprima considerate il fulcro del controllo sulle scelte datoriali di riduzione del personale e, quindi, costrette ad una selezione (di cui si opina la ragionevolezza) abilitante a tale verifica ed alla stipula degli accordi relativi alle procedure di mobilità.

6. Le conseguenze sanzionatorie: la riduzione della tutela del lavoratore a favore del procedimento

Quanto agli effetti dei vizi delle procedure di licenziamento collettivo, nel caso in cui non siano intervenuti accordi ai sensi del comma 45, il comma 46 dell'art. 1 modifica integralmente l'art. 5, comma 3, l. n. 223, stabilendo che *“qualora il licenziamento sia intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime*

sanzionatorio di cui all'articolo 18, primo comma, della legge 20 maggio 1970 n. 300, e successive modificazioni. In caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, si applica il regime di cui al terzo periodo del settimo comma del predetto articolo 18. In caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma del medesimo articolo 18. Ai fini dell'impugnazione del licenziamento si applicano le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966 n. 604 e successive modificazioni". L'art. 5, comma 3, in precedenza prevedeva che il recesso intimato al singolo lavoratore nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo fosse inefficace, qualora intimato senza l'osservanza della forma scritta ovvero intimato in violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, e fosse annullabile qualora fossero stati violati i criteri di scelta di cui al medesimo art. 5.

La disposizione ne esce profondamente modificata, tranne che per la parte relativa al licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta, ipotesi che era e rimane abbastanza improbabile a verificarsi. Ad ogni buon conto, nel caso in cui sia accertato in sede giudiziale che il recesso è stato intimato senza l'osservanza della forma scritta, il comma 1 del nuovo art. 18 prevede la cd. tutela reintegratoria e fissa al lavoratore il termine di 30 giorni, dalla ricezione dell'invito del datore di lavoro, per riprendere il suo posto in azienda. È dubbio se al licenziamento intimato senza la forma scritta, all'esito di una procedura di licenziamento collettivo, sia applicabile anche il comma 2 del novellato art. 18 St.lav., nella parte in cui prevede che il giudice, con la sentenza di condanna alla reintegrazione del lavoratore, deve anche condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo una indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello di effettiva reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum*. La norma in questione fa riferimento al licenziamento nullo e non anche a quello inefficace, ma sembra possibile ritenere che tale carenza trovi origine in un mancato coordinamento delle disposizioni, scritte in sequenza e senza tener conto dell'intero sistema normativo che si andava via via costruendo. Del resto, appare innegabile che anche in caso di licenziamento inefficace, perché intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applichi il novellato comma 3 dell'art. 18 che prevede la facoltà, per il lavoratore, di sostituire la reintegrazione nel posto di lavoro con una indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto e la conseguente risoluzione del rapporto di lavoro.

In sostanza, i primi tre commi del nuovo art. 18 appaiono strettamente collegati tra loro, ed indicano un complesso di sanzioni da applicare all'esito del giudizio di impugnativa di licenziamento, che non possono essere disgiunte le une dalle altre. Del resto, il comma 46 dell'art. 1 l. n. 92/2012 non richiama soltanto il comma 1 dell'art. 18 ma prevede che nel caso di licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta si applichi "il regime sanzionatorio" di cui al detto comma 1. Il che induce a ritenere altamente ragionevole affermare l'applicazione del comma 2, con conseguente condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore ed al risarcimento del danno commisurato all'ultima retribuzione globale di fatto, anche nel caso di licenziamento intimato senza la forma scritta all'esito di una

procedura di licenziamento collettivo.

Ben diverso è il regime sanzionatorio introdotto con la seconda parte del comma 46 in esame. Infatti, nel caso di violazione delle procedure previste dall'art. 4, comma 12, (ossia delle regole che presiedono all'invio delle comunicazioni agli organi di cui al comma 9 del medesimo articolo), la sanzione applicabile all'esito di un giudizio avente ad oggetto la impugnativa del singolo recesso datoriale sarà quella prevista dal terzo periodo del comma 7 del nuovo art. 18, ossia - con un complicatissimo gioco di rinvii - la disciplina prevista dal comma 5 del medesimo art. 18¹². Pertanto, anche la impugnazione di un recesso intimato all'esito di una procedura di licenziamento collettivo, in quanto invalido perché affetto da vizi formali che attengono alle comunicazioni di cui all'art. 4, comma 9, l. n. 223/91, non comporterà più la reintegrazione del lavoratore nel suo posto di lavoro, bensì soltanto una tutela di tipo risarcitorio, con determinazione della indennità risarcitoria in un *range* ben preciso di mensilità di retribuzione ed obbligo di specifica motivazione del giudice in ordine ai criteri adottati per la quantificazione del numero di retribuzioni stabilite a titolo di indennità risarcitoria.

Alla luce di tale ricostruzione, appare sempre più evidente che il legislatore ha inteso sottrarre ai lavoratori qualsiasi possibilità di invocare vizi formali della procedura per ottenere una tutela reale e, quindi, la reintegrazione nel posto di lavoro.

Il legislatore dapprima ha eliminato l'avverbio "contestualmente" e lo ha sostituito con il termine abbastanza ampio di 7 giorni, facilitando l'onere datoriale di effettuare le comunicazioni di cui all'art. 4, comma 9 (comma 44 dell'art. 1 l. n. 92); successivamente ha introdotto la possibilità di concludere accordi con effetti sananti dei vizi della procedura (comma 45); infine, per "chiudere il cerchio", ha escluso che vizi formali della procedura di licenziamento possano condurre alla tutela reintegratoria del singolo lavoratore, come accadeva prima dell'introduzione della novella del 2012.

È, pertanto, possibile affermare che l'intento del legislatore sia quello di tutelare, in ogni modo possibile, la procedura di licenziamento collettivo, garantendo al datore di lavoro, che la intraprenda, un risultato sicuro, quello di diminuire il numero di addetti al proprio stabilimento produttivo secondo le sue intenzioni, anche a costo di ritenere ben poco rilevanti vizi che - è noto - attengono a trasparenza e chiarezza della procedura di licenziamento ed incidevano ed incidono direttamente sulle posizioni dei lavoratori interessati. La finalità è, ancora una volta, paradossale: tutelare il licenziamento ancorché illegittimo, non il lavoro.

L'ultima ipotesi contemplata dal comma 46 in commento è quella del

¹² In cui il licenziamento intimato in assenza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo è dichiarato risolto con effetto dalla data del licenziamento ed è prevista la condanna del datore di lavoro al pagamento della 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 da parte del giudice che emette la sentenza. Si rinvia per approfondimenti al contributo sul punto di A. Terzi, in questo Volume.

licenziamento intimato in violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, l. n. 223. In tal caso la norma prevede che, all'esito del giudizio di impugnativa di un licenziamento invalido perché intimato in violazione dei criteri di scelta, si applichi il regime sanzionatorio di cui al novellato comma 4 dell'art. 18. Questo prevede, per il caso di licenziamento intimato in assenza di giustificato motivo soggettivo o giusta causa addotti dal datore di lavoro (o nel caso di licenziamento disciplinare fondato su illecito che andava sanzionato in modo più lieve), che il giudice annulli il licenziamento e condanni il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel suo posto di lavoro ed al pagamento di una indennità risarcitoria in misura non superiore alle dodici mensilità di retribuzione globale di fatto, dedotto quanto percepito dal lavoratore o quanto avrebbe potuto percepire "dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione". Il datore di lavoro è anche condannato al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, maturati dal giorno del licenziamento fino a quello di effettiva reintegrazione, per un importo pari al differenziale contributivo descritto nel medesimo comma 4.

Quanto meno la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori è stata, dunque, ritenuta vizio del licenziamento troppo grave per essere sanzionato soltanto con una condanna al risarcimento del danno: solo in questo caso è stata conservata a tutela reintegratoria¹³.

¹³ A parte, come si è già detto, il caso del licenziamento inefficace perché intimato senza l'osservanza della forma scritta, ipotesi che tuttavia da dati esperienziali appare molto improbabile a verificarsi.

I LICENZIAMENTI CON VIZI DI FORMA E DI PROCEDURA

di Giovanni Cannella

1. La disciplina previgente e il suo rilievo costituzionale/ 2. Le modifiche contenute nella riforma ai requisiti di forma e procedura/ 3. Le conseguenze della violazione dei requisiti formali e procedurali/ 4. L'accertamento della violazione sostanziale/ 5. Cenni sui licenziamenti collettivi.

1. La disciplina previgente e il suo rilievo costituzionale

La legge n. 92/2012, nell'ambito della riforma complessiva della normativa sui licenziamenti, ha modificato anche le disposizioni relative agli aspetti formali e procedurali.

Prima di procedere all'esame delle modifiche è opportuno ripercorrere la disciplina previgente, la sua *ratio* ed il rilievo costituzionale ad essa attribuito.

Come è noto, sulla base delle norme del codice civile (artt. 2118 e 2119) il recesso dal rapporto di lavoro subordinato era possibile *ad nutum*, salvo l'obbligo del preavviso, e non doveva essere preceduto da alcuna procedura, né richiedeva oneri formali.

L'art. 2 l. n. 604/66 ha previsto per la prima volta un obbligo formale, stabilendo che il licenziamento debba essere comunicato per iscritto al lavoratore. Tale obbligo era prima limitato agli imprenditori con più di 35 dipendenti e poi è stato esteso dalla l. n. 108/90 a tutti i datori di lavoro¹.

Il licenziamento è diventato, quindi, in via generale un atto unilaterale per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

Un secondo obbligo formale era previsto dal comma 2 dell'art. 2 l. n. 604, oggi, come si vedrà, modificato, che obbligava il datore di lavoro a comunicare per iscritto i motivi del licenziamento entro sette giorni dalla richiesta del lavoratore, che a sua volta doveva avvenire entro 15 giorni dalla comunicazione del recesso.

Lo Statuto dei lavoratori (l. n. 300/70) ha previsto successivamente una procedura per la intimazione dei licenziamenti disciplinari², stabilendo all'art. 7 che il licenziamento non può essere adottato senza prima contestare al lavoratore

¹ La disciplina è limitata, come noto, al rapporto di lavoro subordinato tipico, con esclusione, ad es., del rapporto a termine, del rapporto in prova e di alcuni specifici prestatori di lavoro, come i lavoratori domestici.

² Letteralmente l'art. 7 fa riferimento alle sanzioni disciplinari, ma la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204/82 ha dichiarato l'illegittimità dei primi tre commi interpretati nel senso dell'inapplicabilità ai licenziamenti disciplinari.

l'addebito e senza sentirlo a sua difesa e scandendo le vari fasi con precisi termini, per consentire al lavoratore un'effettiva difesa.

Gli obblighi formali e procedurali descritti svolgono una fondamentale funzione di tutela della dignità e della personalità del lavoratore con riguardo ad uno degli eventi più traumatici della vita, qual è il licenziamento, i cui effetti travalicano ovviamente l'aspetto lavorativo e puramente economico, incidendo sull'equilibrio personale, morale, psicologico della persona e sulla sua vita di relazione.

Tale funzione è stata più volte sottolineata dalla Corte costituzionale, che ne ha affermato l'alto valore di tutela a garanzia di diritti fondamentali di rilievo costituzionale, come appunto il diritto alla dignità e alla personalità del lavoratore.

La Corte, ad es., ha definito gli obblighi della forma scritta e della comunicazione dei motivi "cautele e garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana e costituiscono, altresì, indici del valore spettante al lavoro nella moderna società industriale"³, sottolineando la necessità di "tutelare l'essenziale interesse della parte più debole del rapporto a conoscere e ad impugnare l'atto"⁴.

Con riguardo alla procedura *ex art. 7* la Corte ha richiamato "il principio fondamentale, per il quale chi è perseguito per una infrazione deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione stessa e la sanzione", affermando che è "essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma cioè di produzione dell'atto che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio ... Rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente ad irrogare la sanzione è (non già - come avviene nel processo giurisdizionale - il giudice per tradizione e per legge *super partes*, ma) *una pars*"⁵.

Ancora più esplicitamente la Corte ha affermato che "principi di civiltà giuridica ed innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento garantita dal precetto costituzionale (art. 3 della Costituzione) richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, quale è quella espulsiva, con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale, siano assicurate le garanzie previste dall'art. 7 ... Il lavoratore deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione contestata, la sanzione ed i motivi; deve essere, inoltre, posto nella condizione di difendersi adeguatamente, di fare accertare l'effettiva sussistenza dell'addebito in contraddittorio con l'altra parte ... Non vi é dubbio infatti che il licenziamento per motivi disciplinari senza l'osservanza delle garanzie suddette può incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore e crea ostacoli o addirittura impedimenti alle nuove occasioni di lavoro che il licenziato deve poi necessariamente trovare"⁶.

³ C. cost. n. 174/71.

⁴ C. cost. n. 204/82 cit.

⁵ Ancora C. cost. n. 204/82.

⁶ C. cost. n. 427/89.

E, infine, la Corte sottolinea che la non applicazione della procedura dà luogo ad una situazione che, "oltre a porsi in contrasto con fondamentali esigenze di garanzia del lavoratore, appare sprovvista di tutela perfino nel momento del contraddittorio, che esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore. Questa specifica mancanza di tutela (insieme con le omissioni in materia di informazione, di pubblicità, di procedimento e di assistenza) concerne diritti inviolabili"⁷.

Può aggiungersi che il rilievo costituzionale dei principi esposti è ancora più evidente se si considera che le esigenze di tutela riguardano in questo caso non una parte di un qualsiasi rapporto commerciale, ma il lavoratore, a cui, come parte debole del rapporto di lavoro, è garantita una tutela speciale necessaria a rimuovere gli ostacoli ai principi di libertà ed eguaglianza richiamati dall'art. 3 cpv. della Costituzione.

Dai principi esposti deriva logicamente che le conseguenze delle violazioni formali e procedurali debbano essere particolarmente efficaci e dissuasive.

Con riguardo alla forma e alla comunicazione dei motivi il legislatore del 1966 (e del '90) ha previsto che la violazione delle regole comportasse la inefficacia del recesso. Senza ripercorrere la disputa in dottrina ed in giurisprudenza sulle conseguenze dell'inefficacia, è sufficiente dire che dopo l'avvento dello Statuto dei lavoratori, la inefficacia comportava l'applicazione dell'art. 18 e, quindi, la reintegrazione nel posto di lavoro ed il pagamento delle retribuzioni per le imprese medio-grandi, mentre nelle piccole imprese, dove vigeva il regime della cd. tutela obbligatoria, la inefficacia comportava la tutela di diritto comune, con la conseguenza che il licenziamento non produceva effetti sulla continuità del rapporto di lavoro, con diritto del lavoratore al risarcimento del danno⁸.

Pertanto, almeno con riguardo alle piccole imprese, la sanzione della violazione delle regole formali era ben più pesante e dissuasiva della sanzione conseguente alla violazione sostanziale, e cioè del difetto della giusta causa o del giustificato motivo, che implicava, appunto, solo la tutela obbligatoria, in sostanza il semplice risarcimento monetario senza ripristino del rapporto.

Ciò sul presupposto della maggiore gravità della violazione formale rispetto a quella sostanziale, poiché con quella violazione il datore di lavoro non consente al lavoratore di difendersi adeguatamente al fine di contestare la legittimità del licenziamento, a tutela non solo del posto di lavoro, ma anche della dignità e della personalità, mentre la violazione sostanziale può anche essere conseguenza di una errata valutazione in buona fede della gravità della condotta o delle condizioni oggettive che hanno portato al recesso.

Con riguardo alla violazione della procedura dell'art. 7 la giurisprudenza, dopo qualche oscillazione⁹ è giunta ad affermare un completo parallelismo di tutele tra la violazione formale e la violazione sostanziale¹⁰.

⁷ Cass. n. 364/91.

⁸ Cfr. Cass. S.U. n. 508/99 e seguenti; da ultimo Cass. n. 18844/2010.

⁹ Una parte della giurisprudenza, infatti, nelle imprese sottoposte al regime della tutela obbligatoria, riteneva che la violazione dell'art. 7 comportasse la nullità del recesso, con conseguenze analoghe alla violazione dei vizi formali e quindi più gravi rispetto alle violazioni sostanziali.

¹⁰ Cass. S.U. n. 4844/94; da ultimo Cass. n. 459/2011.

È interessante notare, peraltro, che la giurisprudenza ha affermato il principio del parallelismo delle tutele allo scopo di escludere che i vizi formali o procedurali potessero essere sanzionati in misura minore rispetto alla insussistenza della giustificatezza sostanziale.

Ciò sul presupposto che il licenziamento disciplinare intimato senza la previa osservanza delle garanzie procedimentali stabilite dall'art. 7 della l. 300, deve considerarsi ingiustificato, nel senso che il comportamento addebitato al dipendente, ma non fatto valere attraverso quel procedimento, non può, quand'anche effettivamente sussistente e rispondente alla nozione di giusta causa o giustificato motivo, essere addotto dal datore di lavoro per sottrarsi all'operatività della tutela apprestata dall'ordinamento nel caso di licenziamento ingiustificato¹¹.

Con riguardo ai dirigenti, la S.C. ha affermato che dalla violazione delle garanzie previste dall'art. 7, "che si traduce in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi, oltre che giuridici, logico-sistematici assegnare all'inosservanza delle garanzie procedimentali effetti differenti da quelli che la stessa contrattazione fa scaturire dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare o di fatti in altro modo giustificativi del recesso"¹².

Pertanto, il rilievo costituzionale attribuito alle regole formali e procedurali relative al licenziamento giustifica la previsione di sanzioni addirittura più efficaci e dissuasive rispetto alle sanzioni previste per il licenziamento ingiustificato, o almeno impone le stesse conseguenze sanzionatorie, ma non potrebbe giustificare una sanzione inferiore o inesistente.

2. Le modifiche contenute nella riforma ai requisiti di forma e procedura

Ciò premesso, la l. n. 92/2012 ha inciso profondamente sui requisiti di forma e procedura, ma soprattutto sulle conseguenze della loro violazione.

La prima modifica è contenuta nell'art. 1, comma 37, che, sostituendo il comma 2 dell'art. 2 l. n. 604/66, stabilisce che "la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi".

La forma scritta *ad substantiam* della comunicazione del licenziamento va integrata quindi con la "specificazione" dei motivi e viene meno in conseguenza la previgente procedura relativa alla mera facoltà di richiedere i motivi del recesso da parte del lavoratore.

Può notarsi che l'uso del termine "specificazione" rende l'obbligo del datore di lavoro più stringente, poiché i motivi non vanno solo *indicati*, ma *specificati* e quindi non è ammissibile una generica indicazione.

La nuova disposizione appare diretta a rafforzare la precedente disciplina formale, ponendo un più vincolante obbligo di trasparenza, non più condizionato

¹¹ Cass. S.U. n. 4844/94.

¹² Cass. S.U. n. 7880/2007.

dalla eventuale richiesta del lavoratore, in conformità ai principi enunciati dalla Corte costituzionale a tutela della personalità del lavoratore.

Se poi, con riguardo al licenziamento disciplinare, si collega la disposizione alla procedura prevista dall'art. 7 St.lav., che obbliga il datore di lavoro ad una specifica contestazione dell'addebito, e, con riguardo al licenziamento cd. economico, alla nuova procedura prevista dal comma 40 - che obbliga il datore di lavoro a comunicare preventivamente alla Direzione territoriale del lavoro i motivi del licenziamento, ma anche le misure di assistenza alla ricollocazione - si comprende come la nuova disciplina sembra garantire al lavoratore quella tutela rafforzata prevista dai principi costituzionali sopra esposti.

Come accennato, il comma 40 disciplina una nuova procedura obbligatoria dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro. In sostanza, come già avveniva per i licenziamenti disciplinari e per i licenziamenti collettivi, anche per i cd. licenziamenti economici il recesso deve essere preceduto da un procedimento diretto alla conciliazione delle parti o alla ricollocazione del lavoratore.

Il comma 40 sostituisce l'art. 7 della legge del 1966, che prevedeva già il tentativo di conciliazione presso l'Ufficio provinciale del lavoro, ma si trattava di un procedimento facoltativo su istanza del lavoratore e successivo alla comunicazione e quindi alla efficacia del recesso.

Il nuovo procedimento, invece, precede la comunicazione del licenziamento (della sua efficacia v. *infra*), è obbligatorio, ma limitato ai licenziamenti oggettivi (cd. economici) relativi ai datori di lavoro che hanno i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18, comma 8¹³.

Il nuovo art. 7, dopo una superflua premessa relativa alla conferma della applicabilità della procedura di cui all'art. 7 ai licenziamenti cd. soggettivi, stabilisce che il datore di lavoro, prima di procedere al licenziamento cd. economico, deve comunicare alla Direzione territoriale del lavoro e per conoscenza al lavoratore la intenzione di procedere al licenziamento, indicandone i motivi e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore.

Va osservato che l'uso dell'aggettivo "eventuali" priva di qualsiasi rilievo precettivo la disposizione relativa alla ricollocazione, anche se la norma può essere collegata al comma 8 e la mancata indicazione può quindi rilevare negativamente sulla valutazione da parte del giudice, in ordine all'indennità risarcitoria ed alle spese di lite, del comportamento complessivo del datore di lavoro, sempre che vi siano elementi per ritenere che tali misure fossero possibili¹⁴.

La procedura deve concludersi entro termini piuttosto stretti, poiché la D.P.L. deve convocare le parti entro sette giorni dalla ricezione della richiesta e la procedura deve concludersi entro venti giorni dalla trasmissione della convocazione, salva la ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo.

¹³ Si rinvia al riguardo al contributo in questo Volume di C. Ponterio.

¹⁴ Si può ritenere, ad es., che l'assistenza alla ricollocazione sia possibile con riguardo a grosse aziende, che fanno parte di gruppi societari, con la possibilità quindi di ricollocazione del lavoratore in altre società del gruppo.

Si può anzi osservare che i termini sono talmente stretti da far dubitare del funzionamento della procedura, soprattutto nei grossi centri, dove il numero dei possibili licenziamenti economici rischia di superare le capacità organizzative della D.P.L. È vero, peraltro, come è stato osservato¹⁵, che le conseguenze solo economiche della illegittimità del licenziamento (non è più prevista, infatti, la reintegrazione, salvo che nei casi di “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”), rende più agevole un eventuale accordo, tenendo conto anche della possibilità, in caso di esito positivo della conciliazione, di applicazione, a favore del lavoratore, delle disposizioni relative all’A.s.p.i.¹⁶ e dell’affidamento ad un’agenzia per la ricollocazione professionale.

Inoltre, l’accordo può essere favorito dalla previsione contenuta nel comma 8, secondo cui il comportamento complessivo delle parti tenuto nella procedura è valutato dal giudice nella determinazione della misura dell’indennità risarcitoria di cui all’art. 18, comma 7, l. n. 300/70 ed ai fini delle spese di lite.

Il comma 41 interviene in tema di effetti del licenziamento, con una disposizione innovativa di difficile inserimento nella disciplina complessiva.

Nella previgente disciplina, secondo le regole generali relative agli atti unilaterali recettizi, il licenziamento produceva effetti dal momento in cui veniva a conoscenza del lavoratore e da quel momento decorreva il termine di 60 giorni per impugnare¹⁷.

La nuova disposizione rivoluziona tale regola, prevedendo che il licenziamento produce effetti da un momento precedente, e cioè dal momento in cui il procedimento *ex art. 7 St.lav.* o il procedimento *ex art. 7 l. n. 604/66*, introdotto con il citato comma 40 dell’art. 1 della Legge Fornero, ha avuto inizio o, più precisamente, “dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato”.

Quanto al licenziamento disciplinare l’effetto, quindi, retroagisce al momento della comunicazione della contestazione disciplinare, da intendersi come il momento della ricezione della comunicazione. Per il licenziamento economico, invece, l’effetto retroagisce al momento della comunicazione con la quale si dichiara la intenzione di procedere al licenziamento, che, anche in questo caso, andrebbe individuato nel momento in cui la comunicazione alla D.P.L. viene ricevuta per conoscenza anche dal lavoratore.

La norma prevede, peraltro, due ipotesi di sospensione degli effetti: la sospensione prevista dalle norme in materia di tutela della maternità e della paternità di cui al d.lgs. n. 151/2001 ed in caso di infortunio sul lavoro.

La prima ipotesi contiene una improprietà terminologica, perché la tutela della maternità e della paternità comporta la nullità del licenziamento e non la semplice sospensione e quindi il licenziamento non può produrre in nessun caso effetti (salvo le deroghe previste ad esempio per colpa grave del lavoratore).

¹⁵ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 37.

¹⁶ Sul punto si rinvia al contributo in questo Volume di G. Zaccardi.

¹⁷ Art. 32 l. n. 183/2010, che ha modificato l’art. 6 l. n. 604/66.

Quanto alla seconda, la espressa limitazione all'infortunio sul lavoro dovrebbe escludere ogni altra ipotesi di infortunio e di malattia professionale e comune¹⁸.

La norma, d'altra parte, è stata introdotta nel corso dei lavori preparatori proprio perché alcuni autori¹⁹ avevano rilevato il rischio che durante la nuova procedura *ex* comma 40 i lavoratori potessero *mettersi* in malattia, sospendendo in tal modo gli effetti del licenziamento, mentre la nuova disposizione dovrebbe impedire questa evenienza.

Si tratta di capire, tuttavia, in che modo gli effetti del licenziamento possano retroagire. Va osservato, in primo luogo, che la disposizione trova applicazione solo in ipotesi di licenziamento legittimo, perché, in caso di licenziamento ingiustificato, se il rapporto non viene ricostituito con l'ordine di reintegrazione, l'art. 18, comma 5, nuovo testo, dispone che il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro "con effetto dalla data del licenziamento" e non quindi dall'inizio di una delle procedure.

Va poi considerato che il lavoratore, salva la ipotesi di sospensione, lavora regolarmente durante la fase procedurale. Né si può ritenere che il datore di lavoro possa estromettere il lavoratore dall'azienda prima dell'intimazione del licenziamento: lo stesso legislatore prevede, infatti, che il prestatore lavori durante la procedura, stabilendo nell'ultimo periodo del comma 41 che il lavoro svolto in costanza della procedura "si considera come preavviso lavorato", dove il riferimento al carattere "eventuale" della prestazione si riferisce evidentemente alla ipotesi alternativa della sospensione.

Se, quindi, il lavoratore continua a lavorare fino al licenziamento o anche dopo, fino alla scadenza del preavviso eventualmente lavorato, non è chiaro come possa realizzarsi l'effetto proprio del recesso, cioè la cessazione del rapporto di lavoro, all'inizio di una delle due procedure previste, e non invece al momento in cui il lavoratore per effetto del licenziamento cessa la sua attività²⁰. I dubbi interpretativi esposti si riverberano anche sulle modalità di determinazione del preavviso.

Non sembra al riguardo che il periodo lavorato durante la procedura debba essere detratto dal normale periodo di preavviso, perché il legislatore non lo prevede ed anzi, al contrario, con riguardo agli effetti anticipati, fa "salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso", la cui disciplina quindi non risulta modificata e resta ferma pertanto la decorrenza del preavviso dalla data della comunicazione del licenziamento. Va considerato, d'altra parte, che la funzione del preavviso è quella di consentire al lavoratore di cercarsi un altro lavoro e tale esigenza non può che avere origine quando il lavoratore acquista la piena

¹⁸ A meno di non ritenere applicabile per analogia la sospensione anche alla malattia professionale, che ha lo stesso trattamento normativo dell'infortunio sul lavoro.

¹⁹ A. Maresca, *op. loc. cit.*

²⁰ Si dovrebbe altrimenti ritenere che il rapporto cessi giuridicamente all'inizio della procedura e che il successivo periodo lavorato costituisca un distinto rapporto "di fatto", cui applicare la disciplina *ex* art. 2126 c.c., rimanendo quindi fermo il diritto del lavoratore al trattamento retributivo e previdenziale. Tale ricostruzione, tuttavia, non appare conciliabile con il testo della norma che considera il periodo lavorato in costanza della procedura "come preavviso lavorato" e lo inserisce nell'ambito dello stesso rapporto di lavoro, senza alcuna giuridica *cesura* tra i due periodi; né con la decorrenza del termine per impugnare, che non può precedere il licenziamento (*v. infra*).

consapevolezza della decisione del datore di lavoro di licenziarlo, mentre, ad es., la semplice contestazione dell'addebito, non dimostra necessariamente tale volontà, poiché il datore potrebbe optare per una sanzione conservativa o convincersi delle giustificazioni addotte.

Ancora meno convincente è la tesi secondo cui gli effetti del licenziamento possano retroagire ai fini della decadenza. Non è sostenibile, infatti, che il lavoratore debba impugnare il licenziamento nel momento in cui riceve, ad es., la contestazione disciplinare, sia perché logicamente non può essere impugnato un atto non ancora emesso, sia perché l'art. 6 l. n. 604/66 (come modificato dal cd. collegato lavoro) non è stato modificato dalla nuova normativa e, quindi, resta ferma la disciplina secondo cui il termine di 60 giorni per impugnare decorre dalla data di comunicazione del licenziamento.

Neppure di semplice soluzione è il problema degli effetti della malattia sopravvenuta durante una delle procedure indicate, nonostante si tratti proprio della questione che - si è detto - ha ispirato il legislatore a redigere la norma in commento.

Se, infatti, il rapporto non può considerarsi cessato prima del licenziamento, non si comprende come possa non operare l'art. 2110 c.c., che non risulta modificato ed è anzi richiamato espressamente dall'art. 18, comma 7, nuovo testo, come una delle ipotesi del licenziamento intimato in violazione della norma civilistica. Per pervenire al risultato voluto dal legislatore si dovrebbe affermare che l'art. 2110 c.c. sia stato implicitamente modificato per il semplice fatto che la malattia comune non è stata richiamata tra le ipotesi di sospensione degli effetti retroattivi del licenziamento indicati nel comma 41, ma si tratta di una lettura molto dubbia, sia sotto il profilo della tecnica legislativa sia sul piano costituzionale.

A tale riguardo va considerato che l'art. 2110 c.c. è norma posta a tutela della salute del lavoratore e, quindi, di rilievo costituzionale. Inoltre, si porrebbe un problema di incompatibilità con l'art. 24 Cost., perché lo stato di malattia durante la fase della procedura preliminare, del licenziamento e del termine per impugnare, limita notevolmente la possibilità del lavoratore di difendersi. Appare preferibile, pertanto, una interpretazione costituzionalmente orientata, nel senso dell'attuale piena operatività dell'art. 2110 c.c. anche durante la fase procedurale che precede il licenziamento.

Rimane la ipotesi di sospensione senza retribuzione. In questo caso non vi sono ostacoli a ritenere che, in caso di licenziamento giustificato²¹, gli effetti retroagiscono alla data della sospensione e non dell'inizio della procedura se le due date non coincidono. Peraltro, le conseguenze concrete sarebbero ben poche, perché nulla cambia in ordine al diritto alla retribuzione e agli istituti indiretti rispetto alla previgente disciplina²².

²¹ Nel caso di licenziamento ingiustificato trova, invece, applicazione l'art. 18, comma 5, e, quindi, gli effetti non retroagiscono neppure nel caso di sospensione, che in tale ipotesi non è giustificata.

²² La S.C. disponeva già che, "ove il procedimento disciplinare si concluda in senso sfavorevole al dipendente con l'adozione della sanzione del licenziamento, la precedente sospensione dal servizio -pur strutturalmente e funzionalmente autonoma rispetto al provvedimento risolutivo del rapporto, giacché adottata in via meramente cautelare in attesa del secondo - si salda con il licenziamento, tramutandosi in definitiva interruzione del rapporto e legittimando il recesso del datore di lavoro retroattivamente, con perdita *ex tunc*

Un'ultima considerazione va fatta con riguardo alle piccole imprese. La norma relativa agli effetti non può trovare applicazione in caso di licenziamento per motivi economici, poiché la procedura *ex* comma 40 dell'art. 1 Legge Fornero è limitata alle imprese o unità produttive che hanno i requisiti dimensionali previsti dal comma 8 dell'art. 18, mentre può applicarsi ai licenziamenti disciplinari, seppure nei limiti interpretativi esposti.

3. Le conseguenze della violazione dei requisiti formali e procedurali

Il nuovo testo dell'art. 18, comma 1, come modificato dal comma 42 della legge in commento, stabilisce che, in caso di licenziamento orale, e quindi senza il rispetto della forma scritta *ad substantiam*, il recesso va dichiarato inefficace e il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro "quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro".

La disposizione costituisce quindi un'innovazione con riguardo ai rapporti privi di stabilità, che prima erano sottratti in caso di licenziamento orale all'applicazione dell'art. 18, anche se il lavoratore aveva comunque diritto al ripristino del rapporto a causa dell'inefficacia del licenziamento che non incideva quindi sulla giuridica continuità del rapporto. Sotto il profilo del diritto al posto di lavoro nulla è quindi cambiato nella sostanza.

Diverso è il discorso relativo al risarcimento del danno, perché, dopo una certa oscillazione, la giurisprudenza più recente aveva ritenuto che al lavoratore spettava il risarcimento, pari alle retribuzioni perdute, ma solo dalla messa in mora e non dalla data del licenziamento²³.

La nuova normativa prevede, invece, espressamente che al lavoratore vada liquidata una indennità "commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative". Ne consegue che, a differenza di quanto ritenuto dalla giurisprudenza, nel caso di licenziamento orale, il lavoratore non ha l'onere di mettere in mora il datore ed ha diritto comunque al risarcimento del danno. La modifica normativa comporta che al licenziamento orale, indipendentemente dal numero dei dipendenti, si applicano le disposizioni previste dall'art. 18, come l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere il minimo di cinque mensilità anche se il danno effettivo è inferiore e di versargli i contributi previdenziali e assistenziali per tutto il periodo di estromissione²⁴. Infine, anche in caso di licenziamento orale il lavoratore può optare per la indennità di quindici mensilità in luogo della reintegra.

del diritto alle retribuzioni a far data dal momento della sospensione medesima" (per tutte Cass. n. 22863/2008).

²³ Cass. n. 18844/2010.

²⁴ La norma con l'inciso "per il medesimo periodo" sembra prevedere che i contributi siano dovuti interamente per tutto il periodo di interruzione, anche se il risarcimento venga limitato per lo svolgimento di altra attività lavorativa, anche se dovrebbe rimanere fermo il limite del divieto della duplicazione di analoga contribuzione per lo stesso periodo. Si noti la diversa specifica disciplina prevista dal comma 4 e si rinvia al riguardo al contributo in questo Volume di A. Terzi.

La modifica appare coerente con i principi costituzionali esposti al § 1, sul presupposto che la forma scritta del licenziamento ha una funzione fondamentale di tutela della dignità e personalità del lavoratore.

Diversa è la valutazione con riguardo agli altri profili formali e procedurali.

In primo luogo, rispetto alla disciplina previgente nella quale la violazione del requisito della motivazione del licenziamento produceva gli stessi effetti del licenziamento orale, la nuova disciplina presenta significative differenze.

Anche in questo caso il giudice dichiara la inefficacia del licenziamento, ma non dispone la reintegrazione nel posto di lavoro bensì solo il risarcimento del danno. Il comma 6, relativo al licenziamento con violazione del requisito di motivazione, rinvia, infatti, al comma 5, che esclude il ripristino del rapporto, con la conseguenza che il licenziamento produce sempre l'effetto della cessazione del rapporto e l'uso del termine "inefficace" è quindi improprio ed incoerente.

Va osservato che, come rilevato al § 1, si ha violazione del requisito di motivazione non solo quando la motivazione manca, ma anche quando la motivazione è generica, difettando il requisito della "specificazione".

Ciò premesso, il comma 6, rispetto al comma 5 che stabilisce, nei casi ivi previsti²⁵, il risarcimento tra 12 e 24 mensilità, riduce ulteriormente il risarcimento da un minimo di 6 ad un massimo di 12 mensilità, "in relazione alla gravità della violazione formale". Al riguardo si deve ritenere che l'assenza completa di motivazione è più grave della motivazione più o meno generica, poiché la motivazione seppur generica può essere comunque parzialmente utile al lavoratore per apprestare le difese e vincola in qualche modo il datore di lavoro alle ragioni anche se genericamente esposte.

È dubbio se l'unico elemento di valutazione del giudice per la determinazione dell'indennità debba essere la gravità della violazione o se il rinvio al comma 5 possa significare la possibilità di utilizzare anche i criteri ivi indicati: anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensione dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti. A mio avviso tali criteri possono essere utilizzati per coerenza con il sistema complessivo di determinazione della indennità in tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo.

Analoga disciplina va applicata, ai sensi del comma 6, ai casi di violazione delle procedure *ex art. 7 l. 300/70* ed *ex comma 40 Legge Fornero*, di cui al § 2.

Con riguardo all'art. 7 la violazione può riguardare, ovviamente, non solo la mancanza o genericità della contestazione, ma anche la violazione di ogni altra disposizione, come la violazione dei termini previsti.

Si discute in dottrina se la tardività della contestazione attenga alla procedura o, a monte, all'esercizio del potere disciplinare²⁶, con la conseguenza, nella seconda ipotesi dell'applicabilità del comma 4 dell'art. 18 e, quindi, della sanzione della reintegrazione.

²⁵ Si rinvia ancora al contributo di A. Terzi.

²⁶ In senso dubitativo A. Maresca, *op. cit.*, p. 19; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *www.csdle.lex.unict.it.*, che richiama la giurisprudenza della S.C., secondo cui l'obbligo di immediatezza della contestazione non è esclusivamente riconducibile all'art. 7 della legge del 1970 ma anche, seppur per il tramite dei principi di correttezza e buona fede, all'art. 2106 c.c. (così, per tutte, Cass. n. 10547/2007).

Altro problema interpretativo riguarda l'applicabilità della disciplina esaminata anche a vizi procedurali che non discendono dalla violazione dell'art. 7 l. n. 300, ma dalla violazione di previsioni della contrattazione collettiva che integrano la procedura legale, come la previsione di termini più ampi entro cui il lavoratore può esercitare il diritto di difesa o di un termine finale. Si è sostenuto, peraltro, con una convincente lettura logico-sistematica della norma, che le previsioni in questione, in quanto integrative di quelle legali, partecipano della natura di queste ultime e possono, pertanto, ritenersi comprese nel regime del comma 6²⁷.

La stessa disciplina relativa ai vizi procedurali si applica alla procedura *ex* comma 40 relativa ai licenziamenti economici. In questo caso la violazione può riguardare la mancata comunicazione a D.P.L. e lavoratore, la mancata o generica indicazione dei motivi e presumibilmente anche la mancata partecipazione senza giustificato motivo all'incontro previsto, che non può considerarsi mero comportamento valutabile dal giudice, poiché impedisce l'attuazione della procedura.

L'applicazione della tutela indennitaria *cd. debole* alle violazioni formali e procedurali esaminate ha sollevato in dottrina notevoli dubbi in ordine alla tenuta costituzionale della disciplina per le ragioni esaminate nel § 1, estensibili anche alla nuova procedura del comma 40, perché anche in questo caso entrano in gioco i principi di trasparenza e conoscibilità a garanzia del diritto al contraddittorio ed alla difesa garantiti dall'art. 24 Cost. ed a tutela di dignità e personalità del lavoratore.

Non è giustificato, infatti, sul piano costituzionale che tali violazioni siano sanzionate in modo meno efficace e dissuasivo rispetto alle violazioni sostanziali, se si considera che queste ultime possono anche essere sanzionate nei casi più gravi, non solo con una indennità, in ogni caso più elevata rispetto a quella relativa ai vizi formali e procedurali, ma anche con la reintegrazione nel posto di lavoro.

La nuova disciplina porta alle estreme conseguenze la tendenza alla monetizzazione del licenziamento e la sua valutazione in termini di costo dell'impresa, rimessa ad una esclusiva valutazione di convenienza economica del datore di lavoro²⁸.

I dubbi di costituzionalità sono talmente evidenti che dottrina di orientamento datoriale fornisce una interpretazione costituzionalmente più accettabile, affermando che "il licenziamento intimato senza contestazione disciplinare o indicazione dei motivi continua, come in passato, ad essere considerato come ingiustificato ed è sanzionato con la reintegrazione ad effetti risarcitori limitati"²⁹. Si è sostenuto al riguardo che il concetto di "inesistenza del fatto contestato", che comporta l'applicazione dell'art. 18, comma 4, e la conseguente reintegrazione, comprende implicitamente anche la ipotesi di inesistenza della contestazione. Analogamente nei licenziamenti economici l'assenza di indicazione dei motivi nella procedura *ex* comma 40 sarebbe

²⁷ In questo senso A. Maresca, *op. cit.*, p. 20; M. Marazza, *op. cit.*, p. 21.

²⁸ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I.

²⁹ M. Marazza, *op. loc. cit.*

equiparabile alla “manifesta insussistenza” del fatto posto a base del licenziamento. Si tratta di un interessante tentativo di superare profili di incostituzionalità altrimenti insuperabili.

Sembra, peraltro, che resti fuori da questa ricostruzione il vizio relativo alla mancata indicazione dei motivi nella lettera di licenziamento, che impedisce a monte l’inquadramento del recesso in uno dei due tipi codificati, disciplinare o economico e che rimarrebbe quindi in ogni caso soggetto alla tutela indennitaria debole, con evidente disparità ingiustificata rispetto sia all’assenza di forma sia ai casi di insussistenza del fatto soggettivo od oggettivo.

4. L’accertamento della violazione sostanziale

Il comma 6 del nuovo art. 18 prevede che, nel caso delle violazioni formali e procedurali esaminate (con esclusione del licenziamento verbale ovviamente sottratto a tale disciplina), il lavoratore possa chiedere in giudizio l’accertamento dell’ingiustificatezza del licenziamento.

Si dubita in dottrina se la domanda del lavoratore debba essere proposta con il ricorso introduttivo o se possa essere avanzata anche successivamente.

Poiché la norma non contiene modifiche procedurali e quindi deroghe al principio che ogni domanda va proposta con il ricorso introduttivo, senza la possibilità di introduzione di nuove domande nel corso di giudizio, si mostra preferibile la prima soluzione, a meno che la introduzione della nuova domanda possa essere giustificata da fatti sopravvenuti, come le deduzioni del datore di lavoro nella comparsa di costituzione o in udienza. In sostanza, se nel corso del giudizio il datore di lavoro indica le ragioni del licenziamento, al lavoratore deve essere consentita la possibilità di contestarle, chiedendo l’accertamento della ingiustificatezza del licenziamento o del suo carattere discriminatorio, se non ha già proposto tale domanda con il ricorso introduttivo.

Nel caso in cui tale domanda sia stata proposta nel ricorso introduttivo, la stessa si pone come alternativa alla domanda di accertamento della violazione del vizio formale o procedurale, in considerazione delle diverse conseguenze sanzionatorie; quindi una domanda va proposta in via subordinata all’altra³⁰, con la conseguenza che il giudice non può decidere sulla domanda subordinata, se accoglie la principale.

Logicamente il lavoratore proporrà in via principale la domanda relativa alla violazione sostanziale e solo in via subordinata quella relativa alla violazione formale o procedurale, coerentemente con il minor vantaggio conseguibile con la seconda domanda. Pertanto, il giudice dovrà esaminare la seconda solo se ritiene infondata la domanda relativa alla violazione sostanziale.

La nuova disciplina non contiene alcuna modifica in ordine all’onere della prova, che spetterà quindi al lavoratore soltanto nel caso in cui deduca il carattere discriminatorio del licenziamento³¹.

³⁰ Solo in caso di deduzione del vizio di assenza di forma scritta e di licenziamento discriminatorio (o delle altre ipotesi previste nel comma 1) le due domande stanno sullo stesso piano, dato l’identico apparato sanzionatorio, ai sensi del comma 1, e possono essere proposte entrambe in via principale.

³¹ Nello stesso senso, tra gli altri, A. Maresca, *op. cit.*, p. 21.

Va considerato, tuttavia, che, in caso di assenza di qualsiasi motivazione o contestazione disciplinare o comunicazione *ex* comma 40, difficilmente il lavoratore sarà in grado di immaginare le vere ragioni del recesso e quindi dovrebbe agire *al buio*, esponendosi a sostenere una ragione del recesso, ad es. disciplinare, che il datore di lavoro può limitarsi a smentire o su cui può anche dir nulla, rimanendo, ad es. contumace. Nel caso in cui il datore di lavoro si costituisca senza dire nulla, tuttavia, potrà applicarsi il principio dell'obbligo di contestazione specifica e quindi la ragione addotta (ma anche la ingiustificatezza del recesso) può considerarsi non contestata, mentre - nel caso in cui venga indicata una diversa ragione - il lavoratore potrà modificare la domanda, chiedendo l'accertamento della insussistenza della ragione addotta.

Si può prevedere, allora, che la norma troverà applicazione solo, o quasi esclusivamente, nelle ipotesi di violazioni formali minori (motivazione generica, violazione di termini, ecc.). In questi casi, infatti, il carattere oggettivo o soggettivo risulta già dalla comunicazione del licenziamento, dalla contestazione o dalla comunicazione relativa alla procedura *ex* comma 40 ed il lavoratore potrà quindi limitarsi a contestarne la legittimità secondo le regole generali, spettando al datore di lavoro dimostrare la giustificatezza del licenziamento.

Si può sostenere, tuttavia, che, nel caso in cui il carattere oggettivo o soggettivo non risulta da alcun atto, il lavoratore possa limitarsi a contestare genericamente la giustificatezza del licenziamento, negando la esistenza di qualsiasi causa giustificativa e limitandosi ad affermare la inesistenza di qualsiasi comportamento di notevole rilevanza disciplinare o di fatti oggettivi che giustificano il recesso.

Spetterà a questo punto al datore di lavoro precisare nella memoria di costituzione la ragione del recesso. Va rilevato, peraltro, che, quando la ragione non risulta da alcun atto prima del giudizio, il lavoratore chiedendo l'accertamento sostanziale rischia di non potersi difendere adeguatamente, in quanto il datore di lavoro potrà indicare la ragione appena dieci giorni prima dell'udienza (termine ultimo per costituirsi), mentre il lavoratore dovrà replicare, produrre documenti ed indicare testi in udienza stessa e quindi in pochi giorni, a meno che il giudice non gli conceda un termine a difesa giustificato dall'esiguità del tempo a disposizione.

Ma cosa succede se, a fronte della domanda del lavoratore di accertare genericamente la ingiustificatezza del licenziamento, il datore di lavoro nulla dichiara in comparsa o addirittura non si costituisce in giudizio?

Sulla base della ripartizione dell'onere della prova si può ritenere che il licenziamento vada dichiarato illegittimo, perché nessuna causa giustificativa è stata dimostrata dal datore di lavoro.

Ma quale sanzione ne consegue? Si può ritenere che, se il lavoratore richiede la reintegrazione nel posto di lavoro, la sanzione possa essere applicata, in quanto la fattispecie indicata è equiparabile ai casi di accertamento della insussistenza del fatto, sotto il profilo disciplinare, e di manifesta insussistenza del fatto, sotto il profilo del licenziamento economico.

La diversa interpretazione sarebbe insostenibile sul piano logico e costituzionale, perché sarebbe facile per il datore di lavoro sottrarsi alla più grave sanzione non dicendo nulla e neppure costituendosi e aggirando in tal modo la normativa a tutela dei lavoratori.

Va osservato, infine, che la disciplina esaminata, a parte la fattispecie del licenziamento orale di cui si è detto, è applicabile solo ai lavoratori cd. stabili *ex* comma 8 del nuovo art. 18.

Ne consegue che per le piccole imprese continuerà ad applicarsi la normativa precedente.

Nulla è cambiato con riguardo alla violazione dell'art. 7 l. n. 300/70, che comporta in base alla giurisprudenza della Suprema Corte la sola tutela obbligatoria *ex* l. n. 604 e successive modificazioni, mentre non si applica la procedura del comma 40, limitata espressamente alle medie e grandi imprese.

Il comma 8 relativo al requisito dimensionale, peraltro, richiama e trova applicazione a tutte le ipotesi previste nel comma 6 e, quindi, anche alla ipotesi di inefficacia per violazione del requisito di motivazione.

Ne discende che per le piccole imprese nulla è cambiato e va, quindi, applicata la precedente giurisprudenza, che riconosce anche per i lavoratori privi di stabilità la conseguenza della continuità del rapporto con obbligo del datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni dalla messa in mora.

Si applica, pertanto, un regime sanzionatorio più favorevole di quello previsto per i lavoratori prima considerati stabili, con una imprevedibile inversione dei livelli di tutela, anche questa con evidenti ricadute di rilievo costituzionale.

5. Cenni sui licenziamenti collettivi

Solo alcuni cenni alla nuova disciplina del licenziamento collettivo contenuta nel comma 46 della l. n. 92, che modifica l'art. 5 l. n. 223/91³², al fine di valutare le differenze rispetto al regime sanzionatorio del licenziamento individuale.

Ebbene, nel caso di assenza di forma scritta il regime sanzionatorio è identico a quello del licenziamento individuale e si rinvia quindi a tutte le considerazioni svolte nei §§ precedenti.

Nel caso, invece, di violazione delle "procedure richiamate all'art. 4, comma 12, si applica il regime di cui al terzo periodo del settimo comma del predetto art. 18".

Infine, "in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma di cui all'art. 18".

La prima disposizione riguarda la procedura ed è utile, quindi, confrontarla con le disposizioni procedurali previste in caso di licenziamento individuale.

L'art. 4, comma 12, cit. si riferisce alle comunicazioni di cui al comma 9, che hanno ad oggetto soprattutto la puntuale indicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, su cui molto si è spesa la giurisprudenza, e stabilisce che

³² Sul punto si rinvia al contributo in questo Volume di L. D'Ancona.

tali comunicazioni “sono prive di efficacia ove siano state effettuate senza l’osservanza della forma scritta e delle procedure previste nel presente articolo”.

Ebbene, in questo caso trova applicazione la sanzione prevista dall’art. 18, comma 5 (in base al rinvio contenuto nel terzo periodo del comma 7), cioè il solo risarcimento del danno da 12 a 24 mensilità.

Pertanto, anche in caso di violazione della procedura relativa ai licenziamenti collettivi, non spetta più la reintegrazione nel posto di lavoro come in precedenza - e come avviene tuttora nel caso di violazioni sostanziali (violazione dei criteri di scelta) - ma solo il risarcimento del danno, seppure in misura maggiore rispetto alle violazioni formali e procedurali nel licenziamento individuale.

Va considerato al riguardo che la S.C. ha chiarito che la norma, là dove fa obbligo al datore di lavoro di indicare puntualmente le modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta, “è diretta a rendere trasparente la scelta operata così da porre i lavoratori interessati, le organizzazioni sindacali e gli organi amministrativi in condizione di controllare la correttezza dell'operazione e la rispondenza agli accordi raggiunti”³³, aggiungendo che “la specificità dell'indicazione delle modalità di applicazione del criterio di scelta adottato è funzionale a garantire al lavoratore destinatario del provvedimento espulsivo la piena consapevolezza delle ragioni per cui la scelta è caduta su di lui, in modo da consentirgli una puntuale contestazione della misura espulsiva”³⁴.

Come si vede la norma ha una *ratio* del tutto sovrapponibile a quella relativa all’indicazione dei motivi o degli addebiti nel licenziamento individuale, che consiste appunto nella esigenza di trasparenza dell’esercizio del potere del datore di lavoro per consentire al lavoratore di contestarlo e, quindi, di difendersi in conformità con l’art. 24 Cost. ed anche a tutela della sua dignità e personalità.

Anche per i licenziamenti collettivi, pertanto, si pongono gli stessi dubbi di costituzionalità della nuova disciplina per le ragioni esposte nei paragrafi precedenti.

³³ Cass. n. 16805/2003.

³⁴ Cass. n. 12196/2011.

LA REVOCA (TEMPESTIVA) DEL LICENZIAMENTO

di Fausto Nisticò

1. La precedente giurisprudenza in tema di revoca del recesso datoriale / 2. Limite alla operatività della nuova disciplina ai soli casi di invalidità del licenziamento / 3. La possibile ulteriore risarcibilità del danno procurato.

1. La precedente giurisprudenza in tema di revoca del recesso datoriale

La (contro) riforma Fornero interviene anche sul regime della revoca del licenziamento (ultimo comma del rinnovato art. 18 St.lav., introdotto dal fluviale comma 42 dell'art. 1 l. 92/2912), un segmento di chiusura indispensabile per completare la descrizione delle nuove regole sul recesso. Ed interviene, come si ricava agevolmente dalla lettura della norma, per enunciare come l'istituto si dovrebbe risolvere per definizione in una *deroga* al pur blando nuovo regime sanzionatorio previsto per il licenziamento. Quando, infatti, la manifestazione di volontà datoriale di ripristinare il rapporto già interrotto intervenga nel termine di quindici giorni dalla comunicazione dell'impugnativa, il rapporto si intende ripristinato ed il licenziato avrebbe diritto al pagamento della (sola) retribuzione omessa dalla data del licenziamento a quella della revoca.

Risulta così regolato per la prima volta con legge l'istituto della revoca del recesso, prima affidato alla ricostruzione civilistica ed alla elaborazione giurisprudenziale. Sì che la questione è se vi sia ancora spazio per la costruzione sistematica dell'istituto o se, al contrario, la norma in commento non sia esaustiva della fattispecie, ovviamente quando si tratti di revoca tempestiva, entro i quindici giorni.

Nulla, infatti, cambia, sul piano teorico, quando si tratti di revoca cd. tardiva, nel caso cioè intervenga quando siano già decorsi quindici giorni dalla comunicazione dell'impugnazione.

La elaborazione giurisprudenziale *ante* riforma muoveva del principio della cd. scindibilità delle tutele in caso di licenziamento illegittimo e dunque dalla alternatività della tutela risarcitoria e reintegratoria enunciata dalla nota Cass. S.U. n. 3957/87¹. Si aveva, dunque, che anche nel caso in cui il datore di lavoro

¹ Secondo la quale "la tutela cosiddetta risarcitoria, accordata dall'art. 18 secondo comma della legge 20 maggio 1970 n. 300 in favore del lavoratore il cui licenziamento risulti invalido od inefficace (nella misura non inferiore a cinque mensilità di retribuzione), ha carattere autonomo rispetto alla tutela cosiddetta ripristinatoria contemplata dal primo

avesse revocato il licenziamento, l'ordinamento tutelava l'interesse del lavoratore alla dichiarazione di illegittimità del recesso ed all'ottenimento del risarcimento del danno, quantomeno nella misura minima di cinque mensilità, tutto ciò conseguendo alla eventualità secondo cui comunque la revoca potesse essere non accettata dal lavoratore².

Degli effetti di una revoca tempestiva, tuttavia, si era interessata già la giurisprudenza della Suprema Corte, in realtà risalente, enunciando il principio secondo il quale la revoca intervenuta nella immediatezza o comunque prima della proposizione del ricorso giudiziario era da ritenersi idonea alla ricostituzione del rapporto con i soli effetti risarcitori secondo la disciplina codicistica sul risarcimento del danno, corrispondenti al solo pagamento delle mensilità omesse³. Tale principio era stato, tuttavia, disatteso dagli interventi successivi del giudice di legittimità⁴, di tal che la regola, prima della riforma, era quella della applicazione delle ordinarie conseguenze previste dall'art. 18 St.lav.

comma della medesima norma, in quanto configura sanzione a carico del datore di lavoro non derivante dall'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, bensì direttamente discendente da detta Invalidità od inefficacia del licenziamento. L'indicato risarcimento, pertanto, deve essere riconosciuto anche al dipendente illegittimamente licenziato che non voglia o non possa chiedere la suddetta reintegrazione (ivi inclusa l'ipotesi in cui sia sopravvenuta revoca del licenziamento e riammissione al lavoro)". In senso conforme v. anche Cass. n. 3941/89.

² In tal senso da ultimo v. Cass. n. 36/2011: *"in tema di licenziamento del lavoratore, la revoca del recesso datoriale non può, di per sé, avere l'effetto di ricostituire il rapporto di lavoro, occorrendo a tal fine una manifestazione di volontà, anche tacita, del lavoratore, restando, tuttavia, escluso che il consenso al ripristino del rapporto possa derivare dalla prestazione di lavoro nel periodo di preavviso, che ha efficacia solo obbligatoria. Ne consegue che la revoca non può sottrarre al lavoratore il diritto all'indennità sostitutiva, prevista dall'art. 18, quinto comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, nel testo introdotto dall'art. 1 della legge 11 maggio 1990, n. 108, il cui esercizio verrebbe altrimenti ad essere di fatto rimesso al datore di lavoro"* (nella specie, la S.C. ha annullato la sentenza impugnata, osservando che non poteva ravvisarsi nella condotta del lavoratore che aveva continuato a prestare la sua attività lavorativa nel periodo di preavviso, nessuna adesione, seppur implicita, alla suindicata revoca e ravvisando, anzi, nella comunicazione di volersi avvalere della facoltà di ottenere, in luogo della reintegra, l'indennità sostitutiva, la volontà di non accettazione della revoca). Scrivono in motivazione i giudici di legittimità che *"non può dubitarsi che, a seguito del licenziamento, il rapporto di lavoro si è risolto; e, poiché come per la costituzione, anche per la ricostituzione del rapporto è necessario il consenso del lavoratore, la revoca dell'atto non può avere, di per sé, l'effetto di ricostituire il rapporto stesso. D'altro canto, nell'ambito della predetta obbligazione con facoltà alternativa (a favore del lavoratore), la scelta (fra reintegrazione od indennità sostitutiva) non potrebbe essere esercitata dal debitore della prestazione. Da ciò la giurisprudenza deduce che la revoca del licenziamento non determina l'estinzione dell'obbligazione in esame; la facoltà di chiedere l'indennità può essere pertanto esercitata anche ove il licenziamento sia stato revocato dal datore, purché alla revoca non sia seguito il ripristino del rapporto ... Ed invero questa Corte ha a più riprese posto in rilievo, a sostegno di tale conclusione, che la scelta del lavoratore della monetizzazione del posto di lavoro, correlandosi ad una obbligazione con facoltà alternativa, della quale l'unico oggetto è costituito dalla reintegrazione, presuppone necessariamente l'attualità dell'obbligo di reintegrazione, per cui la richiesta stessa non può essere accolta quando il lavoratore abbia già ripreso servizio, manifestando pertanto in tal modo (e confermando con la prosecuzione dell'attività lavorativa) una volontà incompatibile con la rinuncia alla prosecuzione del rapporto implicita nel suddetto potere di scelta...*

Da tale inquadramento della fattispecie emerge il principio secondo cui la "revoca" del licenziamento e l'invito a riprendere servizio (ovvero, siccome verificatosi nella fattispecie, a proseguire nel servizio) non possono sottrarre al prestatore il diritto all'indennità sostitutiva, il cui esercizio verrebbe altrimenti ad essere rimesso di fatto al datore di lavoro. Tale principio, del resto ha trovato a più riprese espressione nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità (Cass. sez. lav., 21.12.1995, n. 13047; Cass. sez. lav., 5.12.1997 n. 12366), la quale ha escluso che l'opzione possa essere esercitata nella (sola) ipotesi in cui sia venuta meno l'attualità dell'obbligo di reintegrazione per essere stata ripristinata la funzionalità di fatto del rapporto di lavoro, attraverso una manifestazione, da parte del lavoratore, di una volontà che risulti incompatibile con la rinuncia alla prosecuzione del rapporto stesso, implicita nella dichiarazione di scelta".

³ Cass. n. 2068/1988; Cass. n. 5969/1991.

⁴ Cass. n. 10085/1993 e Cass. n. 5969/1991, richiamate in motivazione ed in senso adesivo da Cass. n. 12102/2004. In particolare quest'ultima pronuncia ha ritenuto che *"in tema di conseguenze del licenziamento illegittimo, il risarcimento del danno stabilito dall'art. 18 legge n. 300 del 1970 nella misura minima di cinque mensilità con presunzione "iuris et de iure", essendo assimilabile ad una sorta di penale collegata al rischio di impresa, è dovuto in ogni caso, per il solo fatto dell'intervenuto licenziamento illegittimo, e indipendentemente dalla necessità di un intervento reintegratorio, perciò anche quando il rapporto di lavoro abbia avuto una interruzione inferiore ai cinque mesi o non abbia avuto alcuna interruzione, a prescindere dall'esistenza di una "colpa" del datore di lavoro, quindi a prescindere da*

2. Limite alla operatività della nuova disciplina ai soli casi di invalidità del licenziamento

A seguito della riforma ora, se la revoca è tempestivamente comunicata⁵, “*non trovano applicazione i regimi sanzionatori*” introdotti con la riforma. Pertanto, ancorché il licenziamento sia invalido per una delle ragioni di legge, la invalidità rimane priva di sanzione, con la conseguenza che parte datoriale può liberamente intimare un licenziamento illegittimo, attendere la reazione del lavoratore licenziato ed eventualmente revocarlo, semplicemente ripristinando il segmento retributivo omesso (in pratica settantacinque giorni di paga)⁶. In definitiva sarebbe sufficiente che il datore di lavoro ammetta di essersi sbagliato perché le conseguenze siano limitate al solo ripristino del rapporto, senza alcun onere diverso da quello che avrebbe sopportato se il lavoratore non fosse stato licenziato.

Questo meccanismo dovrebbe, pertanto, condurre ad escludere che per la sua operatività sia necessario il consenso del lavoratore e, quindi, che la revoca sia accettata. Si tratta, all’evidenza, di un potere unilaterale che, se esercitato tempestivamente, paralizza gli effetti del licenziamento e ripristina automaticamente il rapporto, conseguenza ricavabile dalla esclusione di ogni conseguenza sanzionatoria che renderebbe *inutiliter actum* il dissenso e la prosecuzione dell’azione di impugnativa.

Tutto ciò rimane confermato anche dalla *ratio legis* dell’intervento normativo nel suo complesso (che si risolve in una disciplina destinata ad agevolare il recesso datoriale od a limitarne le conseguenze); tuttavia, occorre verificare se tale ricostruzione non subisca dei limiti di applicazione o se l’ordinamento non appresti rimedi diversi ed ulteriori.

Ed infatti logica di sistema impone di escludere, in primo luogo, che la regola della revoca, come enunciata dalla norma in commento, possa trovare applicazione nel caso di licenziamento *nullo* di cui al comma 41 dell’art. 1 l. 92/2012, casi per i quali anche la Riforma Fornero prevede una disciplina

un'eventuale revoca del licenziamento, a meno che tale revoca, intervenendo nell'assoluta immediatezza del licenziamento, non sia tale (per modi, tempi e forme) da proporsi all'esterno come manifestazione di una medesima (contraddittoria) volontà, atteso che in questo caso (e solo in esso), venendo a mancare la riconoscibilità esterna dell'atto di licenziamento (e perciò la sua stessa giuridica esistenza), mancherebbe il presupposto per il risarcimento nella indicata misura minima, dovendo peraltro rilevarsi che una revoca siffatta non deve essere necessariamente espressa, ma può pure essere tacita e manifestarsi all'esterno (anche) attraverso la continuazione del rapporto di lavoro senza alcuna interruzione purché il giudice di merito, con indagine di fatto, accerti che tale revoca, benché tacita, presenta univocamente (in relazione ai modi, i tempi, le forme e le circostanze in cui si è esplicitata), le caratteristiche sopra dedotte, perciò sia tale da "sovrapporsi" al licenziamento, inficiandone la manifestazione esterna e perciò impedendone la giuridica esistenza".

⁵ È da intendersi che la revoca sia atto unilaterale recettizio, secondo la regola generale. La disposizione in esame fa riferimento alla *effettuazione* della revoca, ma deve ritenersi che essa, nel termine di quindici giorni, debba pervenire nella sfera di conoscibilità del destinatario.

⁶ V. sul punto L. Franceschinis, *Revoca del licenziamento e riforma Monti-Fornero*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 247, nota a Cass. n. 3043/2012, che, ribadito l’indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, ha valorizzato il consenso del lavoratore riconoscendogli in caso di dissenso al rientro in servizio il diritto alla indennità sostitutiva della reintegrazione.

sanzionatoria piena (reintegrazione e risarcimento del danno) ed in tal senso si era già espressa la Suprema Corte⁷.

È, poi, da ritenersi che ad identica conclusione debba pervenirsi quando si tratti di licenziamento *inefficace* perché intimato in forma orale, posto che il comma 41 citato equipara tale ipotesi a quella del recesso dichiarato nullo. Anche in questo caso, dunque, la revoca datoriale non potrebbe elidere l'interesse del lavoratore licenziato ad azionare il suo diritto al risarcimento del danno nelle cinque mensilità minime ed alla richiesta delle mensilità previste dalla legge in luogo della reintegra⁸.

Dunque, sembra conforme ai principi ritenere che la revoca tempestiva, così come descritta dalla riforma, possa trovare applicazione soltanto nei casi di invalidità del licenziamento o comunque diversi da quelli previsti dai primi tre comma dell'art. 18, come riformulati dalla lett. b) del comma 41.

3. La possibile ulteriore risarcibilità del danno procurato

Così delimitata l'area di operatività della nuova disciplina della revoca tempestiva, un secondo quesito interpretativo attiene alla verifica della pretesa esaustività della fattispecie descritta del riformatore; se cioè al lavoratore licenziato, in caso di revoca tempestiva, possa competere altro rispetto alla sola ricostruzione retributiva, che è quanto, *apertis verbis*, sembra prevedere la norma in esame.

Condividendo senza riserve quanto sostenuto da parte della dottrina⁹, è possibile sostenere che la operazione datoriale autorizzata dalla riforma non possa sottrarsi ad una ulteriore di verifica di legittimità *ex art.* 2087 c.c., quando tale ultima disposizione si occupa di tutelare la personalità morale del lavoratore. Comminare un licenziamento illegittimo e, poi, a seguito dell'impugnativa del

⁷ Cass. n. 10085/1993, che spiega in motivazione che “nel caso...di licenziamento nullo, che, cioè, in quanto tale, non produce effetti, la così detta revoca non è, in realtà, che la presa d'atto della nullità medesima”. Al riguardo v. pure Cass. n. 15093/2000, per la quale “il licenziamento nullo per illiceità del motivo (nella specie, dettato da finalità elusive di precedente pronuncia giudiziale di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro) è insuscettibile di produrre qualsiasi effetto, con la conseguenza che al lavoratore licenziato, indipendentemente dai requisiti dimensionali dell'impresa, spettano per intero, in base alle regole di diritto comune, le retribuzioni maturate in forza del rapporto di lavoro mai interrotto e parte datoriale deve essere condannata a riammetterlo in servizio ed a versare i contributi previdenziali ed assistenziali dal momento del recesso”(v. pure in motivazione: “Trova dunque applicazione nella fattispecie il principio (già affermato dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., nn. 18537/2004; 7176/2003; 6396/1998, in motivazione), secondo cui il licenziamento nullo è insuscettibile di produrre qualsiasi effetto, con la conseguenza che al lavoratore licenziato, indipendentemente dai requisiti dimensionali dell'impresa, spettano per intero, in base alle regole di diritto comune (art. 1418 c.c.), le retribuzioni maturate in forza del rapporto di lavoro mai interrotto e che la parte datoriale va condannata a riammetterlo in servizio e a versare i contributi previdenziali e assistenziali dal momento del recesso”.

⁸ V. Cass. n. 10085/1993, secondo cui “il ripensamento o la resipiscenza successivi del datore di lavoro che revochi il licenziamento nullo non incide sull'ormai già sorto diritto al risarcimento, neppure con una ricostruzione *ex tunc* del rapporto di lavoro (cui, peraltro, nel caso di specie, il lavoratore non si è prestato), non prevedendo il citato art. 18 alcuna forma di rimedio per evitare il detto risarcimento quale conseguenza del licenziamento, il che agevolmente si spiega col danno che il lavoratore ha subito per l'interruzione del suo rapporto di lavoro (danno di immagine, di relazione ecc.) e il cui risarcimento è stato fissato dal legislatore in una misura comunque non inferiore a cinque mensilità”. V. pure, da ultimo, Cass. n. 2958/2012 secondo cui “la revoca da parte del datore di lavoro del licenziamento a seguito dell'impugnazione da parte del lavoratore non priva quest'ultimo del diritto di chiedere l'indennità sostitutiva della reintegrazione prevista dal 5° comma dell'art. 18 s.l.”

⁹ L. Franceschinis, *op. loc. cit.*

lavoratore, revocarlo tempestivamente è certamente comportamento in astratto lesivo della dignità del licenziato; non solo e non tanto perché, comunque, il licenziamento quale atto unilaterale del datore rimane nella storia lavorativa del licenziato allorché - come può succedere - la revoca sia posta in essere per ragioni di mera convenienza sulle previsioni di successo della impugnativa o si renda necessaria per questioni meramente formali; quanto soprattutto perché in ogni caso l'atto in sé è ragione di disequilibrio nelle relazioni di correttezza (art. 1175 c.c.) del contratto di lavoro e cagiona oggettivamente un collasso nel rapporto fiduciario.

Più semplicemente la questione è se l'affermare "*scusami tanto, ho sbagliato, amici come prima*" non debba comportare altro che il pagamento del dovuto o se non sussistano, ancorché non previsti dalla disposizione in esame, ulteriori conseguenze risarcitorie, sia sotto il profilo materiale (si pensi al disagio economico provocato dalla mancanza della retribuzione per oltre due mesi, alle spese sostenute per la tutela legale, etc.) sia sotto il profilo esistenziale (danno d'immagine, ripercussioni familiari, etc.).

Vero è che ogni licenziamento illegittimo trova il suo ristoro, anche per i profili esistenziali, nella sanzione risarcitoria (sebbene fortemente attenuata dalla riforma), ma è vero pure che nel caso di revoca tempestiva la legge esclude proprio l'applicabilità del regime sanzionatorio previsto dalla l. 92 e, dunque, non vi è ragione per ritenere che i profili di danno cui si fa riferimento siano assorbiti del tutto dalle conseguenze economiche del recesso invalido.

Vi è, pertanto, spazio per il lavoratore licenziato per dedurre e provare anche presuntivamente (secondo il consolidato indirizzo della S.C. in tema di danno cd. extrapatrimoniale) un pregiudizio diverso ed ulteriore dalla perdita della retribuzioni.

Questa soluzione sembra avvalorata da più di una considerazione.

Infatti, non solo la legge esclude soltanto il regime sanzionatorio da essa stessa previsto (e, dunque, non altre forme di risarcimento), ma la stessa costruzione della disposizione evidenzia come il pagamento delle retribuzioni omesse non abbia contenuto ontologicamente risarcitorio, poiché - come si è visto - si tratta di una ricostruzione *ex tunc* del rapporto (come se non si fosse mai interrotto¹⁰) e le retribuzioni sono dovute ad altro titolo.

Va ricordato, infatti, come le cinque mensilità *ex art. 18 s.l.* avevano (ed oggi hanno, nei limiti del loro campo di applicazione) natura di risarcimento sulla base di una presunzione *juris et de jure*, a mo' di penale¹¹ e, dunque, come se si trattasse di una sanzione legale per la sola ragione della illegittimità dell'atto, salva la reintegrazione (ove prevista) e gli ulteriori segmenti risarcitori. E, se ora la riforma ha esplicitamente escluso che tale risarcimento avente natura simile alla sanzione civile possa conseguire automaticamente alla revoca del recesso illegittimo, nulla impedisce che - secondo il sistema giuridico generale - ogni altro pregiudizio derivante dal licenziamento revocato possa trovare il suo ristoro secondo le regole ordinarie del codice civile.

¹⁰ Ne dovrebbe conseguire, coerentemente, anche la ricostruzione previdenziale.

¹¹ Da ultimo Cass. n. 12102/2004.

Questa indicazione non rappresenta elisione della portata della disciplina innovativa, ma più semplicemente utile operazione di coordinamento della regola introdotta dall'intervento legislativo del 2012 con quanto ancora sopravvive dell'impianto sistematico del diritto del lavoro e soprattutto con le esigenze di tutela della parte più debole del rapporto che, nonostante tutto, si leggono ancora nella Costituzione e nelle Carte

.

IL PROCEDIMENTO PER LA IMPUGNATIVA DEI LICENZIAMENTI: IL LEGISLATORE STRABICO

di Margherita Leone e Amelia Torrice

1. Le finalità della riforma / 2. Ambito di applicazione / 3. Ammissibilità ed inammissibilità, cambiamento del rito, modalità di trattazione delle domande *non fondate sui medesimi fatti costitutivi* / 4. Il nuovo processo ed i riti alternativi; il rapporto con l'art. 700 c.p.c. / 5. Il procedimento in Tribunale / 6. Il procedimento in Corte di Appello / 7. Il procedimento in Cassazione / 8. Conclusioni.

1. Le finalità della riforma

Alla tradizionale funzione del processo civile quale *luogo* per l'accertamento ed il riconoscimento dei diritti, si è, da qualche tempo, affiancata l'ulteriore funzione di *luogo* per la realizzazione di pubbliche finalità. Come è stato recentemente affermato¹, il processo civile è ormai diventato strumento anche per finalità di politica pubblica, ulteriore rispetto a quella tradizionale di tutela dei diritti individuali; e ciò in sintonia con quanto già previsto e considerato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha direttamente indicato nel processo civile uno dei fattori che caratterizzano il mercato interno dei singoli paesi membri.

La rilevanza del processo sull'assetto degli equilibri economici ha concorso a determinare la riforma del mercato del lavoro attuata con la legge 28 giugno 2012 n. 92.

L'art. 1, comma 1, di questa legge esprime chiaramente le finalità perseguite ed individua nella riforma del processo delle controversie nelle quali trova applicazione l'art. 18 della legge 18 maggio 1970, n. 300, uno degli strumenti necessari 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*.

Che le difficoltà della giustizia civile e la lunga durata dei processi fossero elemento di riflesso negativo sulle dinamiche economiche era stato evidenziato anche dalla Banca d'Italia negli studi, nelle analisi e nelle ultime Relazioni

¹ R. Caponi, *La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza delle adeguate risorse*, in *Guida al diritto*, n. 18, 28 aprile 2012.

annuali; da ultimo, si è calcolato ammontare alla perdita di un punto percentuale di PIL la ricaduta dell'inefficienza della giustizia civile nel nostro Paese ².

Se tale è il quadro generale in cui si è inserita la riforma processuale, a cui si accompagnano le condivisibili preoccupazioni sullo stato della giustizia civile in generale, e sulla giustizia del lavoro in particolare, nello specifico occorre rimarcare che l'intervento sul processo, dichiaratamente al fine di "accelerare la definizione" delle controversie in tema di licenziamento (così la lett. c) del 1° comma dell'art.1), assume un'importanza strategica nell'impianto complessivo della normativa. Altro sarà verificare, alla luce delle singole disposizioni, se l'obiettivo posto viene effettivamente agevolato dalla nuova disciplina: ma la premessa induce ad utilizzare come chiave uniformatrice di interpretazione delle stesse, quella della sottostante volontà di giungere comunque ad una accelerazione della soluzione giudiziaria alle controversie in tema di licenziamento.

Sarà dunque utile analizzare i singoli punti dell'intervento legislativo, per verificare, in sede di prima lettura delle norme, il funzionamento, la compatibilità con il sistema del processo del lavoro, e, infine, l'effettiva utilità ed adeguatezza rispetto alle finalità denunciate.

2. Ambito di applicazione.

Il comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 prevede che *le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti, nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro.*

Il comma 67 dell'art. 1 della legge sancisce che il nuovo procedimento in esame si applica alle controversie instaurate successivamente all'entrata in vigore della legge, e, quindi, ai ricorsi depositati dal 18 luglio 2012, anche se riguardanti licenziamenti intimati antecedentemente a tale data (quindi regolati in base alla disciplina sostanziale originaria)

Il nuovo strumento processuale deve pertanto trovare applicazione in tutti i casi nei quali si invoca una delle tutele prestate dall'art. 18 nella nuova formulazione.

Esso, pertanto, si applica al licenziamento discriminatorio o orale o nullo, indipendentemente dai limiti dimensionali del datore di lavoro, ed anche in ipotesi di licenziamento di dirigente; al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, al licenziamento inefficace per violazioni formali, al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, invece, in caso di lavoratori dipendenti di aziende con 15 dipendenti o 5 se si tratta di lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro agricoli.

Non sembra che possa escludersi³ in via generale l'applicabilità del nuovo modello processuale nei casi di licenziamenti collettivi, in quanto, pur trattandosi

² Relazione annuale Banca d'Italia sul 2011, in www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relann/rel11/rel11it.

³ In tal senso, v. P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, su www.cosmag.it, p.4. Contra A. Ciriello, M. Lisi, in G. Pellacani (a cura di), *Le tipologie contrattuali e la flessibilità in uscita nella riforma Fornero-Monti (legge n. 92/2012)*, Giuffrè, Milano, 2012, p.279.

di licenziamenti che trovano disciplina nella legge 23.7.1991 n. 223, il comma 46 dell'art. 1 l. n. 92/2012⁴ contiene ripetuti e complessi richiami all'art. 18 l. n. 300, nel testo come modificato, secondo le varie ipotesi sanzionatorie in relazione ai vari difetti riscontrati. In aggiunta a ciò, sarebbe arduo percepire una *ratio* in base alla quale sottrarre allo strumento ideato per una celere soluzione delle controversie, proprio la materia del licenziamento collettivo, tendenzialmente di elevato valore economico (verso la quale dunque può essere ancora maggiore l'interesse alla pronta definizione).

Dovrebbe escludersi l'applicazione del nuovo modello processuale alle controversie relative alla apposizione illegittima del termine al contratto di lavoro, e tanto perché oggetto della domanda in tali casi non è l'impugnativa di un licenziamento, ma la declaratoria di nullità della clausola appositiva del termine stesso⁵.

In proposito, deve comunque ricordarsi che la l. n. 183/2010 ha previsto che in tutte le ipotesi di risoluzione di un rapporto di lavoro trova applicazione il regime dell'impugnazione contemplato nell'art. 6 l. n. 604/1966. Tra le dette ipotesi, ai sensi dell'art. 32, commi 3 e 4, viene fatta rientrare anche quella relativa alla risoluzione dei contratti a tempo determinato o delle collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto, e di ogni rapporto di lavoro autonomo rispetto alla quale venga contestata la natura subordinata della prestazione. Simili risoluzioni sono qualificate dalla lett. a) del comma 3, dell'art. 32, come *"licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto"*.

La circostanza che il legislatore del 2012 nella disposizione richiamata in esordio abbia utilizzato la medesima formulazione dell'art. 32 cit., in cui è stata parificata al regime dell'impugnativa del licenziamento la generalità delle diverse ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro, potrebbe legittimare opzioni interpretative che estendono l'ambito di applicazione del modello processuale in esame a tutte le ipotesi rispetto alle quali sia in discussione la pretesa ricostituzione del rapporto, per mezzo della conversione del rapporto di lavoro cessato, e, dunque, anche, al rapporto di lavoro a tempo determinato.

Siffatte opzioni non paiono condivisibili: non solo perché, come è stato osservato⁶ sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale di legittimità ormai consolidato⁷ l'apposizione di clausola di durata predeterminata illegittima non è

⁴ Sui licenziamenti collettivi si rimanda allo scritto di L. D'Ancona in questo Volume.

⁵ A. Ciriello, M. Lisi, *op. loc. cit.*; gli stessi Autori tendono invece a ritenere applicabile il nuovo rito alle ipotesi di contratto a progetto e somministrazione in cui si accerta la effettiva natura subordinata del rapporto. Secondo gli Autori, in tali casi, la conversione *ex tunc* determinerebbe la possibilità di qualificare il recesso come licenziamento e quindi assoggettabile alla nuova disciplina.

⁶ A. Ciriello, M. Lisi, *op. loc. cit.*, nota 3.

⁷ Cfr. Cass. SS.UU. n.14381/2002; nonché Cass. n. 8352/2003; n. 11699/2003; n. 4615/2004; n. 8734/2004; n. 7966/2006; n. 8294/2006; n. 20858/2005; n. 8903/2007; n. 7979/2008; n. 6010/2009; n. 12011/2009; *contra* Cass. n. 9360/2010.

equiparabile al licenziamento, e all'accertamento giudiziale non consegue l'applicazione dell'art. 18, ma soprattutto perché il legislatore, con il nuovo strumento processuale, ha esplicitamente inteso porre rimedio ai casi, purtroppo frequenti, nei quali l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro interveniva a distanza di numerosi anni dalla data di adozione del licenziamento, causando gravi ripercussioni economiche sui bilanci aziendali⁸.

Il nuovo modello processuale troverà, di contro, applicazione nelle ipotesi in cui, pur in presenza della scadenza del termine, sia intervenuto un licenziamento (anche orale), nel presupposto dell'avvenuta conversione del contratto a tempo indeterminato.

Espressa inclusione è, invece, sancita per le controversie il cui oggetto sia la impugnativa del licenziamento *ex art. 18, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*. L'utilizzo dell'inciso *anche* serve ad indicare quelle cause in cui presupposto per l'impugnazione del licenziamento sia l'accertamento della qualità del rapporto di lavoro intercorso tra le parti, a cui far conseguire il diritto ad invocare la tutela accordata dalla norma, indipendentemente dalla qualificazione data al proprio recesso dal datore di lavoro.

Il nuovo modello processuale dovrebbe trovare applicazione anche nei casi di licenziamenti dei dipendenti pubblici contrattualizzati, in quanto la tutela reintegratoria reale, assicurata a questa categoria di lavoratori, non sembra posta seriamente in discussione dai commi 7 e 8 dell'art. 1 l. n. 92/2012⁹, perché dette disposizioni mirano a precisare sul piano sostanziale i rapporti tra la riforma del mercato del lavoro e la disciplina dell'impiego pubblico.

Il comma 48 dell'art. 1 mira invece a restringere il campo di applicazione del nuovo procedimento perché dispone che con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47, *salvo che non siano fondate sui medesimi fatti costitutivi*.

L'inciso pone seri problemi d'ordine sistematico, ed anche pratico, perché, da un canto, pur potendosi immaginare una tipologia vastissima di questioni ricollegabili ai *medesimi fatti costitutivi* della fattispecie di impugnativa del licenziamento, l'ampliamento eccessivo della categoria delle domande azionabili con la nuova procedura, potrebbe influire negativamente sulla celerità e leggerezza della stessa, come immaginata e disegnata dal legislatore¹⁰.

⁸ Per quel che concerne le conseguenze economiche della ritenuta nullità della clausola appositiva del termine prevede esplicitamente il comma 13 dell'art. 1 della riforma, con una norma interpretativa che sembra ritagliata *ad hoc* su alcuni registrati scostamenti rispetto al *dictum* della sent. C. cost. n. 303/2011. Sul punto, si rinvia allo scritto di M. Pagliarini in questo Volume.

⁹ Il comma 7 dell'art. 1 dispone che *"Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo."* Il comma 8: *"Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche."*

¹⁰ In tal senso anche G. Benassi, *La riforma del mercato del lavoro: le modifiche processuali*, Incontro di studio Formazione decentrata C.S.M., Bologna, 6 luglio 2012, in www.cosmag.it.

Per ricostruire la nozione del *medesimo fatto costitutivo* sembra utile parametro l'orientamento espresso dalla S.C. in diverse occasioni, di cui una delle più significative riguarda la suddivisione degli oneri della prova in materia di requisito occupazionale ai fini dell'applicabilità dell'art. 18¹¹.

Per altro verso, vale la pena di considerare che una siffatta previsione, che limita la contemporanea trattazione alle questioni ulteriori rispetto all'impugnativa di licenziamento che siano *fondate sui medesimi fatti costitutivi*, costituisce in sè un grave appesantimento dell'intero sistema della giustizia del lavoro, soprattutto negli uffici particolarmente sovraccaricati, costringendo in pratica le parti ricorrenti allo sdoppiamento delle iniziative laddove i fatti costitutivi posti a base delle diverse domande non siano esattamente sovrapponibili.

Tale previsione peraltro contraddice vistosamente il disposto di cui all'art. 151 disp. att. c.p.c., che impone l'obbligo della riunione delle cause di lavoro in presenza di elementi di connessione: nella pratica, costituisce un potente fattore capace di rendere sempre più difficile e complicata l'attività di programmazione del lavoro e di calendarizzazione dei singoli processi.

È immaginabile, comunque, che la disarticolazione delle tutele di diritto sostanziale (nelle diverse opzioni tra tutela reintegratoria piena o solo parzialmente risarcitoria, e tutela solo indennitaria) in relazione alla medesima tipologia di licenziamento comporterà tendenzialmente una dilatazione *verso l'alto* (ossia verso le forme di tutela più convenienti) delle domande volte all'accertamento della antigiuridicità del licenziamento, con una conseguente ricaduta *a pioggia* delle possibili, in alcuni casi numerose, subordinate.

E la nuova articolazione delle tutele comporterà, probabilmente, anche un notevole impegno dei difensori dei lavoratori, determinato dalla necessità di cambiare l'ordine di priorità delle domande secondo lo schema principale-subordinata: ciò che si tradurrà, inevitabilmente, una maggiore complessità delle domande giudiziali e, quindi, in un ampliamento dell'oggetto del giudizio, con conseguente inevitabile appesantimento della attività preliminare del giudice volta alla identificazione del *petitum* e della *causa petendi* e dunque dell'effettivo oggetto del giudizio al fine di applicare i parametri scriminanti legislativi per la corretta impostazione del processo.

3. Ammissibilità ed inammissibilità, cambiamento del rito, modalità di trattazione delle domande *non fondate sui medesimi fatti costitutivi*

Punti di criticità, che rischiano di condizionare negativamente la snellezza e la rapidità di definizione delle controversie che hanno ad oggetto il licenziamento, si manifestano nelle ipotesi di ricorsi giudiziali proposti ai sensi dell'art. 414 c.p.c. e non nelle forme del processo delineato dai commi 48 ss. l. n. 92/2012 e con riferimento a domande formulate all'interno di un ricorso proposto secondo il

¹¹ Cass., n. 141/2006, in *Foro it.*, 2006, I, 704, con nota di A. Proto Pisani, *La prova del "requisito" dimensionale ex art. 18 l. 300/70: un "grand arret" delle sezioni unite*.

nuovo rito, ma non strettamente collegate al licenziamento (si pensi ad esempio alla richiesta di differenze retributive inerenti la qualifica superiore prospettata contestualmente alla impugnativa del licenziamento; ovvero alla domanda di risarcimento del danno alla salute patito a seguito del demansionamento prodromico all'atto espulsivo).

Nel primo caso, posto che il rito introdotto dalla l. n. 92/2012 deve ritenersi obbligatorio, le alternative percorribili sembrano essere la declaratoria di inammissibilità del ricorso, ovvero il mutamento del rito.

Deve ritenersi senz'altro preferibile la seconda ipotesi in ossequio al principio generale di economia e conservazione degli atti processuali che ha trovato specifica disciplina negli artt. 426 e 427 c.p.c. e, più di recente, nell'art. 4 d.lgs n. 150/2011.

Il mutamento di rito è disposto dal giudice, non oltre la prima udienza di comparizione delle parti o di discussione, con una ordinanza che fissa l'udienza ai sensi dell'art. 420 c.p.c. ed assegna alle parti termine per provvedere al deposito integrativo di atti e memorie¹².

Deve ritenersi che il giudice che pronunzia l'ordinanza di mutamento del rito conservi il potere di conoscere della controversia (è evidente che il problema si pone soprattutto per i grandi uffici giudiziari), anche se trattata con rito differente rispetto alla iniziale (secondo le regole tabellari di individuazione del giudice naturale) assegnazione del processo.

Ma anche in relazione alle domande proposte all'interno del medesimo ricorso, ma non qualificabili ai sensi del comma 48, ossia che non risultino fondate sugli stessi *fatti costitutivi*, si pone la stessa alternativa, tra la declaratoria di inammissibilità, ovvero lo stralcio delle stesse e la rimessione al giudizio a cognizione ordinaria.

Questa seconda ipotesi risulta decisamente più complessa perché nella sostanza postula e determina una sorta di duplicazione dei giudizi, con conseguenti ricadute anche sul versante della corretta, doverosa, annotazione degli stessi nei registri di cancelleria¹³.

È pur vero che la pronuncia di inammissibilità, non preclusiva di una successiva proponibilità in sede ordinaria, potrebbe sembrare la strada più semplice - anche se più costosa in termini economici per le parti - ed altresì più coerente con il sistema processuale nel suo complesso (con analoga valutazione le domande azionate in sede di ricorso d'urgenza, ma che tali requisiti non hanno, vengono selezionate e rigettate dal giudice anche separatamente rispetto a domande contestualmente poste ed accolte).

La soluzione alternativa, più rispondente ad un ovvio principio di economicità, comporta che il giudice disponga la separazione dei procedimenti, e la fissazione dell'udienza *ex* art. 414 c.p.c., disponendo ovviamente che sia formato nuovo

¹² In tal senso G. Benassi, *op. cit.*, p. 7.

¹³ Vale la pena di evidenziare che il divieto posto nel comma 69 dell'art. 1, secondo il quale dall'attuazione delle disposizioni di cui ai commi da 47 a 68 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ovvero minori entrate, sta già determinando notevoli criticità per la mancanza di risorse destinate alla implementazione dei sistemi informativi che gestiscono informaticamente i registri di cancelleria.

fascicolo di ufficio con copia degli atti allegati all'originario ricorso trattato che segue la strada e le forme del nuovo processo¹⁴.

Nel caso, del tutto diverso, in cui all'esito della istruttoria deformatizzata emerga che non ricorrono i presupposti per la tutela complessivamente offerta dall'art. 18, ricorrendo l'ipotesi di tutela meramente obbligatoria per difetto del requisito dimensionale, si ritiene che il giudice non dovrà disporre alcun mutamento del rito, in via di principio ammissibile solo *in limine*, ma, ove il licenziamento risulti illegittimo, potrà accordare la tutela prevista (dalla vecchia ovvero dalla nuova disciplina sostanziale a seconda che il licenziamento sia stato intimato prima ovvero successivamente alla entrata in vigore della l. n. 92/2012).

Tale opzione interpretativa appare la più ragionevole, per evidenti ragioni di economia processuale, pur se ha come sbocco quello di applicare, all'esito del procedimento instaurato nelle forme previste dai commi da 48 a 68 dell'art. 1 l. n. 92/2012, non la tutela di cui all'art. 18 come modificato, per cui è stato ideato, ma la tutela risarcitoria di cui all'art. 8 l. n. 604/1966¹⁵. D'altra parte, il rito applicabile va individuato in relazione alle prospettazioni, dunque al *petitum* ed alla *causa petendi*, con conseguente irrilevanza dell'esito del processo frutto dalla sua progressiva evoluzione, non potendo certo il rito cambiare *secundum eventum litis* e, quindi, dovendo la decisione sul rito applicabile prescindere dalla fondatezza nel merito della domanda.

Alle medesime conclusioni dovrebbe pervenirsi anche nelle ipotesi in cui non sia stata formulata, in via subordinata rispetto alla domanda di tutela reintegratoria reale, la domanda di attribuzione della indennità risarcitoria, alla luce della costante giurisprudenza del S.C.¹⁶.

Il mutamento del rito, insomma, andrebbe limitato ai soli casi in cui dall'atto introduttivo stesso si evinca con evidenza la erroneità di quello prescelto.

4. Il nuovo processo ed i riti alternativi; il rapporto con l'art. 700 c.p.c.

Il nuovo modello processuale risulta incompatibile sia con il rito delineato dagli artt. 414 ss. c.p.c. sia con il nuovo procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c.¹⁷ in ragione della esplicita volontà del legislatore, come formulata nell'art. 1 lettera c) l. n. 92, alla stregua della quale, come detto in premessa, la introduzione di un "procedimento giudiziario

¹⁴ Così P. Curzio, *op cit.*, p.7; R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero*, in www.cosmag.it, p. 3.

¹⁵ A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, p. 73.

¹⁶ Cass. n. 14486/2001 afferma che "non è ravvisabile mutamento della "causa petendi" nella ipotesi in cui il dipendente licenziato che impugni il relativo provvedimento, deducendone la illegittimità per mancanza di giustificato motivo, proponga con ricorso introduttivo domanda di tutela reale, mentre, in sede di precisazione delle conclusioni, richieda quella obbligatoria, in quanto, in detta ipotesi, il mutamento riguarda solo gli effetti ricollegabili alla tutela richiesta da ultimo, che sono compresi in quelli cui dà luogo la tutela originariamente invocata"; nello stesso senso, Cass., n.12579/2003.

¹⁷ L'applicabilità del nuovo procedimento sommario al processo del lavoro era già stata esclusa dalla maggioranza della dottrina (cfr. D. Dalfino, *Le novità per il processo civile del 2009 e il rito del lavoro*, in Judicium.it, con ampia bibliografia); a quanto consta, soltanto Trib. Lamezia Terme 12 marzo 2010, in www.altalex.com/index.php?idnot=11439, e Trib. Napoli 25 maggio 2010, in www.lexform.it, avevano ritenuto applicabile lo schema procedimentale previsto dagli artt. 702 *bis* ss. del codice di rito anche alle controversie di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie ed a quelle in materia di locazione.

specifico per accelerare la definizione delle controversie” rappresenta una delle misure strategiche al fine di riequilibrare la situazione del mercato del lavoro.

Ed è, in fondo, riscontrabile, proprio in ragione di tale alternatività, una sorta di impermeabilità tra i tre modelli processuali, quello introdotto dalla l. n. 533/73, quello della l. n. 69/2009 e questo in esame, che pure in qualche modo combina¹⁸, in via né armonica né corretta anche linguisticamente, regole estrapolate dai diversi modelli processuali, prime fra tutte quelle proprie del processo del lavoro di cui agli artt. 414 c.p.c. (tra cui grande rilevanza assumono i poteri officiosi del giudice del lavoro che vengono regolati nei commi 49, 57 e 60 dell’art. 1 l. n. 92).

La prima lettura dell’articolato ricostruisce una sorta di miscela-compresenza di regole ordinarie (ma di per sé, già speciali) del rito del lavoro, regole proprie del procedimento d’urgenza (*ex* artt. 669 *bis* e 700 c.p.c.) e regole proprie del procedimento di repressione della condotta antisindacale (art. 28, l. n. 300/70).

Il nuovo modello processuale, pur immaginato e costruito in termini di speditezza e, nella prima fase, connotato da sommarietà di accertamento, non è incompatibile con la tutela accodata dall’art. 700 c.p.c.: non lo è innanzitutto dal punto di vista ontologico, in quanto potrebbe verificarsi la necessità di ottenere tutela in tempi ancor più brevi di quelli previsti dall’art. 1 commi 48 ss. della Legge Fornero, in ragione della prospettazione (e del successivo accertamento) di un pregiudizio grave ed irreparabile del diritto del lavoratore, tutela che in via di principio potrebbe essere assicurata *inaudita altera parte* laddove il nuovo schema processuale impone comunque, anche nella fase sommaria, l’instaurazione del contraddittorio; ma non lo è anche in termini di diritto positivo, in quanto il nuovo procedimento non rientra tra le cause di esclusione di cui all’art. 700 c.p.c.

Va anche considerato, a conforto della prospettata ammissibilità del ricorso alla tutela di cui all’art. 700 c.p.c. in materia di licenziamento coperto dalla tutela dell’art. 18, che la sommarietà del procedimento cautelare è diversa da quella del procedimento sommario, poiché, nel procedimento introdotto dalla legge n. 92 l’istruttoria, ancorché deformalizzata, potrebbe presentarsi complessa, proprio perchè funzionalizzata all’accertamento di un diritto, e richiedere tempi durante i quali il diritto azionato potrebbe risultare gravemente compromesso.

Viceversa, nel caso del procedimento cautelare, l’istruttoria è volta all’accertamento limitato della sussistenza del fumus boni iuris: una differenza non solo quantitativa, che evidentemente comporta ricadute non secondarie sull’esplicazione dell’attività giudiziaria.

D’altronde, almeno così si opina, l’esclusione in linea di principio del ricorso alla tutela urgente potrebbe aprire spazio a fondati dubbi di conformità a Costituzione con riferimento all’art. 24 Cost.

5. Il procedimento in Tribunale.

¹⁸ Nello stesso senso M. Papaleoni, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: “Mons tremuit et mus parietur”*, in www.csdlle.lex.unict.it/archive.

Il nuovo modello processuale introdotto in materia di licenziamenti con tutela reintegratoria reale si sviluppa dinanzi al Tribunale nel primo grado in una fase sommaria (ma, in base a quanto sin qui detto, non cautelare)¹⁹ ed in una fase a cognizione piena, ma solo eventuale; la sentenza resa all'esito di quest'ultima è reclamabile dinanzi alla Corte d'appello, la cui decisione è infine ricorribile in Cassazione.

Tutte le fasi disegnate dal legislatore sono caratterizzate dalla impronta accelerata assicurata dai brevi termini di fissazione (e, auspicabilmente, anche di trattazione), e da attività istruttorie deformalizzate (plausibilmente ispirate a principi di sommarietà).

a) La fase sommaria

Secondo quanto dispone il comma 48 dell'art. 1, il ricorso introduttivo del giudizio deve contenere i requisiti di cui all'art. 125 c.p.c.: ossia, a termini di legge, l'indicazione dell'ufficio giudiziario, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della domanda e le conclusioni. Non è fatto alcun riferimento alla indicazione ed alla richiesta dei mezzi istruttori ritenuti necessari ai fini della domanda.

La lettura del successivo comma 49, che fa riferimento *agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti*, induce a ritenere che le richieste istruttorie possano comunque essere svolte dalle parti, oltre che nel ricorso (posto che i requisiti dell'art. 125 sono quelli essenziali e necessari, ma si ritengono comunque integrabili dalle richieste istruttorie), anche oralmente nel corso del giudizio²⁰.

A seguito della presentazione del ricorso, il giudice deve fissare l'udienza non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. In assenza di specifiche indicazioni, il termine indicato è da qualificarsi ordinatorio, ma la precisa scelta legislativa di accelerazione del processo in materia di licenziamenti con tutela reintegratoria reale, nonché la duplice indicazione del dovere di vigilanza dei capi degli uffici sulla applicazione delle nuove norme processuali e del rispetto dell'obbligo di calendarizzazione di specifiche udienze dedicate alla trattazione delle controversie in questione (commi 66 e 68), fanno ritenere doveroso da parte dei giudici il massimo impegno del rispetto dei termini processuali scanditi dalla novella.

Nel decreto di fissazione dell'udienza, *il giudice assegna il termine per la notifica del ricorso e del decreto, non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché un termine, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza, per la costituzione del resistente*. Per la notificazione non sono previste particolarità, se non la specificazione di poter utilizzare anche la notificazione a mezzo di posta elettronica certificata.

In caso di deposito di documenti, il comma 48 dispone che siano depositati in duplice copia. Tale indicazione, priva di sanzioni, è, verosimilmente, dettata

¹⁹ Della stessa opinione L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", in www.csdlle.lex.unict.it, p.2, e G. Benassi, *op.cit.*, p. 5.

²⁰ In tal senso E. Boghetich, *Guida Normativa*, Il Sole 24 ore, luglio 2012, p. 65.

dalla opportunità di semplificare e accelerare l'attività degli uffici di cancelleria, in particolare quella relativa al rilascio di copie.

Il comma 49 prevede che la fase della trattazione della causa si svolga in modo assolutamente deformalizzato ed affidato, sostanzialmente, alle valutazioni del giudice quanto al *modus procedendi*.

La disposizione si preoccupa di garantire il contraddittorio ma lascia al giudice la individuazione degli atti istruttori *indispensabili*, sia che essi siano richiesti dalle parti ovvero disposti d'ufficio ai sensi dei poteri conferitigli dall'art. 421 c.p.c.

La celerità e sommarietà del rito, che connotano questa prima fase del giudizio, ha aperto spazi a dubbi sulla ammissibilità del ricorso alla consulenza tecnica di ufficio, alla prova delegata, ovvero alla proposizione, di ufficio o su eccezione delle parti, di questioni di costituzionalità ovvero di rinvio pregiudiziale su questioni di diritto eurounitario²¹.

È innegabile che la *ratio* della legge suggerisce²² opzioni interpretative che consentano di limitare la fase dell'urgenza ad una sorta di delibazione della fondatezza della domanda di accertamento della illegittimità del licenziamento e, ove sia controversa, della fondatezza della questione (pregiudiziale) relativa alla natura del rapporto (subordinato o meno), e di demandare alla seconda fase lo sviluppo pieno e completo del contraddittorio per l'approfondimento delle questioni diverse dal licenziamento ma, comunque a questo intimamente correlate.

E se l'indicazione della *indispensabilità* dell'attività istruttoria necessaria fa ritenere che sono ammissibili in tale fase solo le attività necessarie ad una istruttoria sommaria finalizzata al raggiungimento del convincimento del giudice basato su tale presupposto, nondimeno va osservato che la prima fase del nuovo procedimento potrebbe anche definire il processo, posto che l'opposizione è solo eventuale. Pertanto, il criterio di valutazione sulle attività istruttorie realmente necessarie dovrà probabilmente essere ancorato alla possibilità, concreta, di rendere nel giudizio una decisione (sia pur sommaria), ma che consideri tutte le prospettazioni formulate dalle parti.

Va anche soggiunto che l'esperienza maturata nell'ambito delle procedure cautelari segnala l'inopportunità di scelte interpretative ed applicative che, assolutizzando il valore della speditezza, si pongano in contrasto con l'art. 111 Cost. che insieme alla durata ragionevole attribuisce eguale peso al giusto processo.

Vale la pena di ricordare che questioni di illegittimità costituzionale si sono poste e sono state risolte anche favorevolmente dalla Corte Costituzionale proprio con riferimento all'istituto del reclamo *ex art. 669 terdecies*; così come d'altronde conviene che si abbia ben presente che sovente è indispensabile ricorrere a consulenze medico legali nell'ambito di procedimenti azionati *ex art. 700 c.p.c.* a tutela del diritto alla salute.

²¹ Dubbi espressi da A. Ciriello, M. Lisi, *op.cit.*, p. 287, e da G. Benassi, *op. cit.*, p.7.

²² Così M. Papaleoni, *Prime considerazioni critiche*, cit.

È evidente che agli istituti sopra richiamati dovrà, senza strabismi efficientistici, darsi spazio con ragionevole valutazione della loro indispensabilità ai fini della decisione della causa.

Come sopra è stato accennato, a proposito dei termini assegnati al giudice per la fissazione della prima udienza di trattazione, il legislatore (comma 65) ha disposto che alle controversie alle quali si applica il nuovo processo debbano essere dedicati particolari giorni di udienza "riservati". L'indicazione è nel senso della concreta costruzione di una corsia processuale, preferenziale e unica, per i licenziamenti ex art. 18, ma una lettura troppo rigida della disposizione, potrebbe costituire un pericoloso controsenso anche rispetto alle stesse finalità acceleratorie dell'intervento legislativo, ma, soprattutto, rispetto alla trattazione delle altre controversie pendenti dinanzi allo stesso giudice, diverse dai licenziamenti. Ancora una volta il legislatore demanda al capo dell'ufficio poteri di sorveglianza e di controllo sul rispetto della disposizione, costringendolo a muoversi in un ambito di ampia discrezionalità, nel quale agire in base ad opzioni di valore (con il conseguente rischio di soggettivismo e di creazione di situazioni di disegualianza): ciò che induce a ritenere che debbano essere individuate e programmate giornate ovvero fasce orarie dedicate alla sola trattazione dei procedimenti di cui ai commi da 48 a 68 dell'art. 1 secondo previsioni organizzative del progetto tabellare di ciascun ufficio.

La situazione organizzativa degli uffici giudiziari connotati da notevole carico di lavoro fa sì che sia ragionevole prevedere la fissazione di fasce orarie riservate alla trattazione delle cause in questione, all'interno di udienze destinate alla trattazione anche di altri processi; si tratta di una soluzione idonea a garantire l'osservanza dello spirito della riforma, che chiede rapidità e tempi brevi per i licenziamenti, ed a fornire la garanzia del giusto processo ex art. 111 Cost., anche alle altre controversie pendenti sul ruolo di ciascun giudice²³.

D'altra parte è utile segnalare che mediamente l'incidenza numerica dei processi relativi ai licenziamenti ex art. 18, rispetto all'intero contenzioso pendente negli uffici del lavoro, non è superiore al 10% circa, e che, dunque, udienze esclusive potrebbero non essere ben calibrate in un profilo di organizzazione dell'ufficio che miri alla efficienza complessiva.

La decisione, di accoglimento o di rigetto, viene assunta con ordinanza immediatamente esecutiva non revocabile o sospendibile fino alla pronuncia della sentenza che definisca il giudizio eventualmente instaurato in sede di opposizione.

b) La fase di opposizione

²³ Nel parere espresso dal C.S.M. il 17 maggio 2012 sulla riforma del mercato del lavoro, l'organo di autogoverno ha osservato che *"la riserva obbligatoria di particolari giorni di udienza per la trattazione delle controversie in oggetto, potrebbe essere una misura non sempre funzionale al raggiungimento dello scopo, in quanto in alcuni uffici le cause di licenziamento rappresentano una minima quota del totale delle controversie di lavoro. La previsione di una riserva di giorni di udienza potrebbe parimenti assolvere alla finalità perseguita dal legislatore, laddove si voglia interpretare la disposizione nel senso che le udienze destinate alla trattazione delle cause di licenziamento debbano essere predefinite nel calendario, ma non in via esclusiva"*.

Un problema di notevole incidenza sull'organizzazione degli uffici è quello di stabilire se il giudice dell'opposizione possa essere la stessa persona fisica che ha trattato la fase sommaria.

Con riferimento alla analoga questione posta con riferimento alla procedura *ex* art. 28 l. n. 300/70 la Corte Costituzionale, con decisione interpretativa di rigetto²⁴, affermò il principio della necessaria diversità del giudice. La Corte, infatti, dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, commi 1, n. 4, e 2, c.p.c., che prevede l'obbligo per il giudice di astenersi se ha conosciuto la causa "in altro grado del processo", proponendo una interpretazione estensiva anche alla fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata da una pronuncia "che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario". La sentenza, per essere interpretativa di rigetto, non è direttamente vincolante: tuttavia, gli argomenti utilizzati sembrano estensibili al giudizio di opposizione nella procedura in esame, in quanto anche nel procedimento che ha ad oggetto l'impugnativa di licenziamenti con tutela reintegratoria reale, fase sommaria e fase di opposizione hanno il medesimo oggetto, contrariamente a quanto avviene nel rapporto tra giudizio cautelare e di merito. E anche le valutazioni decisorie sono le medesime, sebbene basate su livelli di approfondimento probatorio diversi, come del resto accade nella opposizione in sede di art. 28 St.lav.

Non allontana da tale conclusione neppure la previsione del comma 51, lì dove, pur confermando che in sede di opposizione non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 (concernente la fase sommaria), aggiunge che possono essere comunque proposte domande fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti. L'ampliamento così consentito, in realtà, non altera, mutandolo, il nucleo essenziale del giudizio e della originaria valutazione, ma, tutt'al più, aggiunge ulteriori valutazioni e decisioni che da quella originaria dipendono. In concreto, il giudice che ha conosciuto del licenziamento nella prima fase, non avrà dinanzi a sé una domanda diversa (quello stesso licenziamento e' stato impugnato), ma, al più, avrà una domanda più articolata, ma che sempre dovrà essere basata, come espressamente detto nel comma 51, sugli stessi fatti costitutivi, che, magari, potranno anche coinvolgere ulteriori soggetti processuali.

Non sembra comunque che tale possibilità espansiva possa sopprimere o rendere irrilevante il principio di imparzialità e terzietà del giudice che la Corte Costituzionale, nella citata sentenza, ha individuato quale principio costituzionale assolutamente preminente e tale da richiedere una interpretazione costituzionalmente corretta dell'art. 51 c.p.c.

È comunque ragionevole pensare che scelte organizzativo-ordinamentali conformi ai principi affermati dalla Corte Costituzionale rischiano di avere effetti destabilizzanti sulla

²⁴ C. cost. n. 387/99.

organizzazione degli uffici di piccole dimensioni e sul lavoro dei singoli e, dunque, sui tempi di definizione di tutte le controversie degli uffici di tal fatta.

È doveroso segnalare che in questa prima fase applicativa della riforma, si registrano soluzioni contrastanti al problema posto, e che in alcuni uffici giudiziari anche di grandi dimensioni (es. Tribunale di Milano) si è deciso di affidare la opposizione allo stesso giudice della fase sommaria, per la ritenuta diversità dell'ipotesi normativa rispetto a quella del giudizio ex art. 28. Si registra pertanto un ulteriore profilo di opinabilità nella interpretazione della normativa, destinato a registrare specifiche divisioni giurisprudenziali ed incertezze applicative.

c) L'oggetto della opposizione

Un primo problema che si pone all'interprete è stabilire se sia ammissibile l'opposizione anche se l'ordinanza che chiude la prima fase sommaria abbia pronunciato l'inammissibilità del ricorso. La lettera della disposizione fa invero specifico riferimento alla sola ordinanza di accoglimento o di rigetto, ma e' da ritenersi che la specificazione abbia voluto esplicitare la *totalità* del mezzo impugnatorio, e non escludere una pronuncia che, pur appartenendo al *genus* delle pronunce di rigetto, sottolinei la ragione dello stesso (inammissibilità), non legata alla valutazione del merito del diritto vantato.

Il ricorso in opposizione non potrà contenere domande diverse da quelle già proposte nella prima fase, salvo le domande fondate sui medesimi fatti costitutivi (che avrebbero potuto, quindi, essere già state proposte nella prima fase ma non lo sono state), o che siano proposte rispetto a soggetti rispetto ai quali la causa e' comune o dai quali si vuole essere garantiti.

La novità in questa fase è data dalla possibilità di introdurre altri soggetti processuali e quindi domande nuove a questi dirette. Come sopra già accennato, non sembra che tale ampliamento della originaria domanda possa costituire un radicale cambiamento dell'originario oggetto del giudizio, ed in tal senso milita anche la successiva previsione del comma 56, relativa alla domanda riconvenzionale. Se questa, infatti, fosse fondata su fatti costitutivi diversi da quelli posti a fondamento della originaria domanda, se ne dovrebbe disporre lo stralcio.

Ciò dimostra che il procedimento di opposizione, sebbene preveda una cognizione più completa ed approfondita rispetto alla fase sommaria, comunque è diretto ad ospitare la *sola* domanda originaria con il possibile ampliamento solo nei confronti di domande (comprese le riconvenzionali) basate sui medesimi fatti costitutivi.

La opposizione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza o dalla sua comunicazione, se anteriore.

Il giudice dovrà fissare l'udienza di discussione nei successivi sessanta giorni. Anche in tal caso il termine è ordinatorio, e valgono le medesime considerazioni fatte con riguardo al precedente termine di fissazione della prima udienza nella sede sommaria. Il controllo attribuito ai capi degli uffici (commi 66 e 68) anche sul

rispetto dei termini, determina una forte indicazione rispetto alla necessità di rispettare la filosofia e la finalità del nuovo procedimento, soprattutto con riguardo alla sua celerità.

Le previsioni contenute nei commi 53, 54 e 55 individuano il meccanismo che consente l'ingresso nel giudizio di altri soggetti processuali chiamati in causa ai sensi degli artt. 102, 106 e 107 c.p.c. Il principio di celerità, che permea l'intero impianto del nuovo procedimento, impone che i nuovi soggetti processuali così chiamati in giudizio, siano comunque portatori di interessi e domande strettamente collegate all'originario giudizio. A conferma di ciò, il comma 56 prevede che la domanda riconvenzionale che non sia basata su fatti identici a quelli posti a fondamento della domanda principale, debba essere stralciata e disposta la separazione del giudizio (da trattarsi in sede ordinaria, auspicabilmente dinanzi al medesimo giudice per ovvie ragioni di economia processuale)²⁵.

All'esito della attività istruttoria (per la quale il legislatore utilizza i criteri della ammissibilità e rilevanza, così indicando la possibilità di una istruttoria più ampia e approfondita rispetto alla fase sommaria²⁶), la decisione della causa avviene con sentenza che, completa della motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dalla udienza di discussione. Anche su tale aspetto non è ben comprensibile la scelta fatta dal legislatore: non è infatti chiaro se i tempi dettati *ex novo* per la sentenza in materia di licenziamento, siano derogativi della disposizione di cui all'art. 429, comma 1, con la conseguenza che non può pronunciarsi sentenza contestuale all'udienza di discussione, secondo la regola generale prevista dalla citata norma, ovvero debba pronunciarsi la decisione con il deposito nei prescritti dieci giorni. In tale secondo caso sembrerebbe quindi venuta meno la possibilità di emettere il solo dispositivo, riservando la motivazione ad un termine fissato dal giudice.

È stato ritenuto²⁷ che la mancata abrogazione di quelle norme (art. 431, comma 2, e art. 433, comma 2), che proprio in ragione della scissione e separatezza tra dispositivo e motivazione nel rito del lavoro, riconoscono una particolare tutela che è parte della peculiarità del processo del lavoro, è indicativa della permanenza in vita della possibilità di pronunciare il dispositivo all'esito dell'udienza di discussione. D'altronde, la norma (comma 57) testualmente sancisce il dovere del giudice, all'esito dell'udienza, di provvedere "con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda", aggiungendo a questo quello - temporalmente e concettualmente separato - relativo al deposito della sentenza, "completa di motivazione", entro dieci giorni: da questa - pur incoerente ed atecnica - dizione, è più che legittimo far discendere che nulla cambia rispetto al sistema generale del rito del lavoro.

²⁵ Ritene che la regola della trattazione separata debba essere applicata non soltanto per le riconvenzionali in senso proprio, cioè quelle proposte dal convenuto in opposizione, ma anche alle domande formulate dal ricorrente in opposizione, G. Benassi, *op. cit.*, p. 10.

²⁶ P. Curzio, *op. cit.*, p. 13.

²⁷ L. De Angelis, *op.cit.*, p. 12.

Una diversa lettura della norma porta invece a sostenere²⁸ che il legislatore ha inteso adottare una via intermedia tra la sentenza contestuale e la pronuncia del dispositivo con la indicazione, da parte del giudice, dei tempi del deposito della motivazione. La presumibile complessità della decisione avrebbe determinato l'abbandono del meccanismo della lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto poste a base della decisione (art. 429, comma 1, c.p.c.), in favore di una sentenza completa di motivazione da depositare nel termine massimo di dieci giorni, evidentemente compatibili con le esigenze di rapidità del nuovo rito.

Con molta probabilità il disegno riformatore diretto ad assicurare una motivazione depositata in tempi rapidissimi, coerenti con la celerità voluta per il nuovo procedimento non ha considerato problemi di coerenza di sistema, volendo realizzare, di fatto, un "sottosistema" per i licenziamenti, privo (...anche) delle tutele legate alla immediata lettura del dispositivo (ed alla sua immediata esecutività), ma comunque assicurato dalla celerità dell'intero procedimento.

La sentenza così emessa è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per la iscrizione di ipoteca giudiziale.

6. Il procedimento in Corte di Appello

Contro la sentenza che decide sul ricorso è ammesso reclamo davanti alla Corte d'appello. Il reclamo si propone con ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore.

Il comma 59 dell'art. 1 l. n. 92/2012 prevede che non sono ammessi nuovi mezzi di prova o documenti, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile.

Ai procedimenti relativi alle cause di licenziamento *ex art. 18*, si ritiene qui non applicabile l'art. 436 *bis* l. n. 134/2012 - che estende al processo del lavoro in appello il *filtro* costituito dalla possibilità di dichiarare inammissibile con ordinanza l'impugnazione "quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta" disciplinato dagli artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c. - in quanto il nuovo procedimento è connotato da celerità di trattazione e da peculiarità istruttorie e decisorie rispetto all'ordinario processo del lavoro, ed altresì per l'analogia che si riscontra con la esplicita esclusione per le ordinanze emesse in sede di giudizio sommario di cognizione.

La formulazione letterale del comma 58 dell'art. 1 induce ad escludere che l'appello debba essere costruito nelle forme di cui all'art. 434, comma 1, c.p.c. e, quanto ai procedimenti introdotti a far tempo dall'11 settembre 2012, nel testo

²⁸ P. Curzio, *op. cit.*, p. 14.

sostituito dall'art. 54, comma 1, lett. c) *bis* d.l. n. 83/2012, convertito nella l. n. 134/2012²⁹.

Nei commi da 58 a 60 non v'è, infatti, alcun richiamo alle disposizioni codicistiche che descrivono il contenuto dell'atto di appello e della memoria di costituzione dell'appellato nelle controversi di lavoro (artt. 434 e 436 c.p.c.), diversamente da quanto invece è previsto per il giudizio di opposizione contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto; per la fase di opposizione i commi 51 e 53 che richiamano, rispettivamente, i requisiti ed il regime di decadenza previsti negli artt. 414 e 416 c.p.c.

Il mancato richiamo delle disposizioni di cui agli artt 434 ss. c.p.c. non consente, nondimeno, di escludere che la devoluzione debba rimanere circoscritta dai motivi di gravame e ciò perché il comma 59, affermando la regola generale della inammissibilità di nuovi mezzi di prova o documenti (derogabile solo nei casi in cui il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile), mira a garantire anche nella fase dell'appello la celerità del processo, che rimane, vale la pena di evidenziarlo, un processo per questa ragione deformalizzato³⁰.

D'altra parte, la natura di giudizio di impugnazione in senso stretto del procedimento che si apre con il *reclamo* non può essere negata ove si consideri che l'atto impugnatorio è rivolto nei confronti di una sentenza e non di un provvedimento cautelare, con la conseguenza ulteriore che dovrà farsi riferimento alla regolamentazione prevista per l'appello (regole generali e regole proprie delle controversi di lavoro) per le parti non espressamente disciplinate dalla legge (mancata comparizione dell'appellante alla prima udienza, appello incidentale).

Troverà applicazione anche il principio generale di unicità delle impugnazioni, con la conseguenza che, una volta che una parte abbia proposto reclamo avverso la sentenza, altri eventuali reclami avverso la medesima sentenza, proposti dalle parti alle quali l'atto di reclamo sia stato notificato attraverso il decreto di fissazione dell'udienza di discussione, dovranno essere riuniti *ex art. 335 c.p.c.*

Alla prima udienza, la Corte può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono "*gravi motivi*", con una diversità notevole rispetto il rito ordinario del lavoro.

Il comma 60 dell'art. 1 l. n. 92 sembra non consentire l'esame di istanze di sospensione della esecuzione e/o della esecutività prima della prima udienza di trattazione, fissata ai sensi del medesimo comma. E ammette che l'esecuzione della sentenza di primo grado possa essere sospesa in grado d'appello nel caso della ricorrenza, come s'è detto, dei gravi motivi, a differenza di quanto è previsto dall'art. 431, comma 3, c.p.c., che consente la sospensione della

²⁹ *Contra* L. De Angelis art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo prime applicazioni, Relazione al Convegno organizzato dal Centro Studi D. Napoletano, sezione Milano, C.S.M., Ufficio referenti per la formazione decentrata di Milano e dall'A.G.I.-Associazione Giuslavoristi Italiani, sezione Lombardia, Milano 9 luglio 2012.

³⁰ Il comma 60 dispone che "*la corte d'appello, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi*".

provvisoria esecuzione della sentenza impugnata quando dalla medesima possa derivare all'altra parte gravissimo danno, sussistente allorché, prescindendo dalla apparente fondatezza delle ragioni di merito dedotte con la impugnazione, l'esecuzione della sentenza è idonea a cagionare un danno di gravità tale che non può essere altrimenti evitato se non con la sospensione del titolo esecutivo impugnato.

La disposizione contenuta nel comma 60 costituisce un forte arretramento nella tutela accordata al lavoratore licenziato, posto che risultava consolidato l'orientamento giurisprudenziale che aveva affermato che non poteva sospendersi l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro³¹ e ciò in ragione del dato testuale contenuto nell'art. 431 c.p.c. che fa riferimento alle sentenze di condanna "per crediti derivanti dal rapporto di lavoro".

Sul punto è stato condivisibilmente osservato³² "che nel rito speciale di cui trattasi, invece, la formulazione letterale della norma non solo legittima richieste di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza, prescindendo da una esecuzione in atto, ma consente la sospensione solo al ricorrere di gravi motivi, che si verificano quando l'impugnazione evidenzia, sulla base di una delibazione sommaria, vizi del provvedimento censurato di gravità tale da far ritenere altamente probabile il loro accoglimento ed il protrarsi dell'efficacia esecutiva determina un pregiudizio grave ed irreparabile della parte debitrice. E ciò che più colpisce è il rilievo che, in materia di licenziamento e di tutti gli altri rapporti attratti dalla nuova disciplina processuale speciale, il regime della esecutività della sentenza di primo grado è stato parificato a quello riservato dai commi 5 e 6 dell'art. 431 c.p.c., aggiunti dall'art. 69 l. n. 353/90, alle sentenze che pronunciano condanna a favore del datore di lavoro, soggetto, come è noto, alla disciplina generale degli artt. 282 e 283 c.p.c. Con la differenza, anzi, che, secondo le regole generali, la sospensione può essere concessa quando sussistono gravi e fondati motivi anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti, mentre, nel nostro caso, sono sufficienti i soli gravi motivi. Come si vede la nuova disciplina processuale in tema di cause di licenziamento si discosta, su questo punto, in modo molto significativo dalla normativa sul rito speciale del lavoro, determinando, oltre a questioni di costituzionalità per il trattamento differenziato riservato alle sentenze di condanna a favore dei lavoratori, un abbassamento di tutela in danno del lavoratore licenziato, posto che la sentenza che ne ordina la reintegrazione o comunque dichiara nullo o annulla un licenziamento viene, in sostanza, parificata, quanto al regime della sua stabilità esecutiva, a quella civile ordinaria".

La Corte di Appello è competente, per quanto dispone il comma 62 dell'art. 1, a provvedere sulle istanze di sospensione delle sentenze avverso le quali è stato proposto il ricorso per cassazione, con applicazione delle medesime regole, contenute nel comma 60.

³¹ Cass. n. 4424/84 e n. 3306/86.

³² Benassi, *op. cit.*

Il comma 59 afferma la regola della inammissibilità di nuovi mezzi di prova o di nuovi documenti, ma ne consente la deroga nei casi in cui la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile e nei casi in cui il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione.

Anche questa disposizione, che in qualche modo rischia di condizionare la celerità del giudizio, non segue la linea evolutiva della modifica operata rispetto al disposto dell'art. 345 c.p.c. che nel nuovo testo non prevede più questa eccezione: la riforma del 2012 si allinea piuttosto alla disposizione che disciplina il giudizio d'appello nel processo del lavoro, l'art. 437 c.p.c. che continua a prevedere il divieto di nuovi mezzi di prova in appello salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili.

Se ammette, entro questi limiti, atti di istruzione, il collegio li assume nel modo che ritiene più opportuno, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. La formula utilizzata è analoga a quella impiegata per le precedenti fasi del giudizio.

Quindi la Corte di Appello provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto del reclamo, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. Come nel giudizio di primo grado, non è espressamente prevista la lettura del dispositivo in udienza; la sentenza, completa di motivazione, dovrà essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione.

Il comma 61 dell'art. 1 l. n. 92 stabilisce che, in mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza si applica l'art. 327 c.p.c.

7. Il procedimento in Cassazione

Al giudizio di cassazione sono destinati due soli commi (62 e 63) che si limitano ad indicare il termine (60 giorni) entro il quale deve essere proposto il ricorso ed il termine (sei mesi dalla proposizione del ricorso) massimo per la fissazione della udienza e la eventualità che sia richiesta la sospensione della esecuzione della sentenza pronunciata in grado di appello davanti alla Corte territoriale. Troveranno, pertanto, applicazione le disposizioni dettate dagli artt. 360 ss. c.p.c.

8. Conclusioni

L'assoluta novità del procedimento e la necessità di misurarlo nel suo concreto funzionamento, non consente *conclusioni*, ma solo possibili previsioni (basate sull'analisi sin qui compiuta), e valutazioni sulle scelte sin qui operate.

La funzionalizzazione del processo alla realizzazione di pubbliche finalità, come già osservato³³, non costituisce una novità della legge di riforma del mercato del lavoro: occorrerà trarre dall'esperienza pratica la valutazione a proposito dell'effettiva idoneità del sistema così introdotto a garantire maggior speditezza dei giudizi. Per ora, il rilievo a proposito di tante imperfezioni

³³ R. Caponi, *Rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento*, in www.judicium.it.

tecniche nella strutturazione delle norme induce a prevedere con facilità le iniziali incertezze e divisioni della giurisprudenza, con possibili ripercussioni sulla tutelabilità delle situazioni soggettive portate alla sua attenzione.

Sin d'ora, senza esitazioni, valutazione negativa va fatta invece sulla scelta di non accompagnare la riforma a risorse finanziarie che rendano possibile l'effettivo raggiungimento degli obiettivi che si pone. In tutti gli uffici del lavoro si è infatti di fronte alle difficoltà di organizzare i nuovi tempi processuali, in una situazione in cui le risorse umane sono insufficienti e gli strumenti informatici perlopiù inadeguati. Basti notare che, allo stato attuale, questi ultimi non consentono neppure, ai fini delle annotazioni nei registri di cancelleria, l'identificazione del nuovo processo e delle necessarie scansioni procedurali e processuali.

Incongruo può quindi risultare lo strumento adottato dal legislatore per perseguire pubbliche finalità di crescita del mercato del lavoro, in assenza di dotazioni necessarie a dare allo stesso "forza" realmente incisiva.

Evidenti criticità presenta poi la scelta di "raddoppiare" le fasi processuali dinanzi al Tribunale. Sebbene il giudizio di opposizione sia solo eventuale, è prevedibile che sia destinato a diventare scelta abituale, ciò che determinerà un decisivo appesantimento dei ruoli dei giudici di primo grado, ed un decisivo ostacolo alle finalità di celerità e speditezza del processo.

Altresì dubbia risulta la contrazione dei tempi processuali, che, se pur più contenuti per le cause di licenziamento (con la riserva di valutare la durata della doppia fase in primo grado), saranno decisamente più lunghi per le altre cause con differente oggetto che dovranno fare spazio alle udienze riservate ai licenziamenti.

La riforma pone molti problemi interpretativi, tanto più complessi in quanto correlati a questioni di conformità a Costituzione ed a principi consolidati nella giurisprudenza di merito e di legittimità, nonché a prassi organizzative degli Uffici giudiziari. Nondimeno la attenzione dedicata dai giudici del lavoro alle novità introdotte dalla riforma è davvero massima e profonda: nel corso dei giorni immediatamente precedenti l'entrata in vigore delle nuove disposizioni ed ancora oggi alla data di scrittura delle presenti riflessioni, sono davvero numerosi ed articolati gli scambi di opinione, i dubbi, i suggerimenti che i giudici del lavoro della penisola continuano a scambiarsi telematicamente e nelle occasioni di formazione centrale e decentrata; è la testimonianza di una sicura attenzione all'approfondimento delle questioni applicative che si sono poste, soprattutto negli uffici di primo grado, sia con riferimento alle disposizioni processuali in senso stretto sia con riferimento alle questioni organizzativo-tabellari ed ordinamentali.

Una carenza di tutela è infine rinvenibile nella mancata previsione di misure coercitive per la osservanza dell'obbligo di reintegrazione (nei casi in cui esso è residuo). Se infatti le nuove disposizioni sono state emanate nell'ottica di eliminare incertezze, ben si sarebbe potuto (e dovuto) adottare misure simili a quelle previste dall'art. articolo 614 *bis* c.p.c., in tema di concreta attuazione degli obblighi di fare.

La norma in questione, espressamente inapplicabile alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato ed ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, potrebbe essere rivisitata e rivista alla luce delle affermate esigenze di stabilità e certezza.

Qualche riflessione va poi riservata alle disposizioni relative alla vigilanza dei capi degli uffici, di cui ai commi 66 e 68, da esercitare sulla osservanza delle nuove norme processuali da parte dei giudici dell'ufficio. La novità della previsione non sembra riferibile all'obbligo di osservanza della nuova legge processuale da parte dei giudici, poiché questi sono assoggettati a tale obbligo dalla Carta Costituzionale, ma, piuttosto, alla finalità di ascrivere ai capi degli uffici obblighi organizzativi e di vigilanza specifici. È forse solo il caso di accennare che le disposizioni in questione probabilmente contribuiranno a delineare in parte la nuova funzione direttiva dei capi degli uffici giudiziari, chiamati a rispondere dei propri doveri di vigilanza già dalle norme sull'Ordinamento Giudiziario, oggi anche da precise norme di legge che, su profili specifici, impongono specifica attenzione ai fini della loro concreta applicazione.

È questa una novità che può assumere rilievo ai fini ricostruttivi delle funzioni direttive, al centro di un vivace dibattito interno alla magistratura che vede nella attualizzazione della figura del dirigente uno dei passaggi decisivi per il processo di *autoriforma* di cui intende rendersi protagonista negli anni a venire.

LA MARGINALITA' DELLA STABILITA' DEL POSTO DI LAVORO E LA PRESCRIZIONE DEI CREDITI DEI LAVORATORI

di Sergio Mattone

1. Il decorso della prescrizione nella giurisprudenza costituzionale / 2. La stabilità reale quale fondamento essenziale del decorso della prescrizione nel corso del rapporto / 3. L'ambito di applicazione della prescrizione quinquennale / 4. La incidenza della nuova disciplina dei licenziamenti sul decorso della prescrizione / 5. La nuova disciplina della prescrizione nell'ambito del complessivo arretramento della condizione dei lavoratori

1. Il decorso della prescrizione nella giurisprudenza costituzionale

Le incisive modificazioni, che la l. 92/2012 ha apportato alla normativa concernente i licenziamenti individuali, hanno una innegabile ricaduta sulla disciplina della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore, con particolare riferimento al momento della sua decorrenza; una disciplina alla quale il testo legislativo non compie alcun riferimento e che va ricostruita, pertanto, nelle sue linee attuali alla luce – soprattutto - della giurisprudenza costituzionale.

Nella sentenza-cardine¹, che ebbe un “effetto dirompente”², in quanto sottrasse il decorso della prescrizione alle regole proprie del diritto civile, riconoscendo la peculiarità che essa veniva ad assumere nel diritto del lavoro, la Corte costituzionale – come noto - pose ripetutamente l'accento sul “timore del recesso, che spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti”. Ricordò che la rinuncia manifestata nel corso del rapporto di lavoro non può considerarsi libera espressione di una volontà negoziale, per cui contrasta con l'art. 36 Cost., e che del resto l'art. 2113 c.c. ne ammette l'annullamento ove essa sia intervenuta prima della cessazione del rapporto di lavoro o subito dopo. Ribadì, infine, con riferimento alla “situazione psicologica” del lavoratore, che questi può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciare, cioè per timore del licenziamento, “cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di

¹ Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63, la quale dichiarò l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c., limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro.

² L'espressione è di L. Montuschi, *La Costituzione e i lavori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p.167.

lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione".

Stante l'argomentazione fondamentale posta a base della declaratoria di illegittimità (il timore del licenziamento rimesso all'epoca alla mera discrezionalità del datore di lavoro, salvo l'obbligo del preavviso), era naturale che la Corte costituzionale prendesse nuovamente in considerazione la disciplina del decorso della prescrizione a seguito delle profonde riforme intervenute a partire dalla metà degli anni '60, le quali incisero in termini significativi sull'esercizio dei poteri imprenditoriali in relazione alla cessazione del rapporto.

In alcune sentenze emesse negli anni '70³ essa diede atto, infatti, della emanazione, *medio tempore*, sia della legge 15 luglio 1966, n. 604, la quale aveva sancito che nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato il licenziamento non potesse avvenire se non per giusta causa o per giustificato motivo, sia della successiva legge 20 maggio 1970, n. 300, che aveva stabilito che "l'annullamento del licenziamento disposto senza giusta causa [o senza giustificato motivo: *n.d.r.*] debba essere accompagnato dall'ordine al datore di reintegrare il licenziato nel rapporto di lavoro, con l'obbligo, per lui, oltre che di risarcire il danno da questi subito a causa del licenziamento, di corrispondergli le retribuzioni dalla data della sentenza fino a quella dell'avvenuta reintegrazione". Si chiese, quindi, se per effetto di tali innovazioni legislative fosse venuto meno, per i rapporti regolati dalle norme ricordate, il fondamento giuridico su cui poggiava la parziale invalidazione statuita con la sentenza n. 63/66. Ricordò che già con la sentenza n. 143/69 aveva ritenuto che "il principio con quella affermato non dovesse trovare applicazione tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali". Osservò che tale interpretazione, fatta valere allora per i rapporti di pubblico impiego statali, dovesse trovare applicazione in presenza di garanzie equivalenti a quelle disposte per i rapporti suddetti. E ne trasse la conclusione secondo cui tale analogia si verifica "ove ricorra l'applicabilità delle due serie di disposizioni menzionate, di cui la seconda deve considerarsi necessaria integrazione della prima, dato che una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente".

Questa importante puntualizzazione è stata ribadita da successive sentenze della Consulta⁴ e, dopo qualche iniziale oscillazione, è divenuta costante nella

³ V., in particolare, Corte cost. 5 dicembre 1972, n. 174.

⁴ V., in particolare, Corte cost. 12 giugno 1979, n. 42, nella quale si è evitato di prendere posizione circa la sussistenza della reintegrazione nel posto di lavoro ove sia negata la esecutorietà forzata della sentenza, affermandosi che questa verifica compete ai giudici di merito. Può essere interessante ricordare che la tesi, secondo cui l'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione non assicurerebbe la stabilità voluta dal giudice delle leggi, è stata sostenuta da Trib. Genova, 29 gennaio 1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 101, e da Trib. Padova, 21 maggio 1978, *ivi*, 1978, II, p. 833, ma non risulta che abbia avuto un seguito in giurisprudenza.

giurisprudenza della Corte di cassazione⁵, sì che essa può oggi considerarsi assolutamente pacifica.

2. La stabilità reale quale fondamento essenziale del decorso della prescrizione nel corso del rapporto

Ai fini che qui interessano è altrettanto importante porre in evidenza un altro principio che in proposito è stato enucleato dalla giurisprudenza e che può, anch'esso, ritenersi oggi incontroverso. Si intende fare riferimento all'affermazione secondo cui il requisito della stabilità reale del rapporto di lavoro, che consente la decorrenza della prescrizione quinquennale dei crediti retributivi in costanza di rapporto, va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del rapporto medesimo ed alla configurazione che di esso danno le parti nell'attualità del suo svolgimento, dipendendo solo da ciò l'esistenza o meno di una effettiva situazione psicologica di *metus* del lavoratore, e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che il giudice eventualmente *ex post* riconosca applicabile con effetto retroattivo al lavoratore⁶.

Numerose sono state, in relazione alle diverse fattispecie esaminate della giurisprudenza, le applicazioni di questo principio che, attraverso esse, assume particolare evidenza⁷.

Una prima applicazione riguarda i rapporti definiti tra le parti come incarichi libero-professionali, nel qual caso il riconoscimento del loro carattere subordinato, operato *ex post* dal giudice, esclude la decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto: se il lavoratore, infatti, fa valere la effettiva natura di rapporto subordinato durante lo svolgimento di esso, per rivendicare i propri diritti retributivi, si espone al rischio di una immediata risoluzione del rapporto in corso, "senza possibilità di un tempestivo intervento del giudice a tutela della stabilità di un rapporto di fatto diverso, ancora tutto da accertare"⁸.

Analoghe argomentazioni sorreggono le decisioni che, nel caso di violazione del divieto di intermediazione o interposizione, affermano che la stabilità va accertata con riferimento alle effettive modalità di svolgimento del rapporto, restando di conseguenza escluso che la stabilità propria di rapporti anche formalmente costituiti con l'effettivo datore di lavoro possa estendersi al rapporto del lavoratore fittiziamente assunto dall'intermediario⁹; nonché le pronunce che alle medesime conclusioni pervengono nella ipotesi di prestazioni di fatto con

⁵ Cfr. Cass. S.U. 12 aprile 1976, n.1268.

⁶ In tal senso la giurisprudenza ormai costante dei giudici di legittimità, tra le cui sentenze più recenti si ricordano Cass. 23 gennaio 2009, n. 1717; 7 settembre 2009, n. 19271; da ultimo, Cass. 28 marzo 2012, n. 4942. Per completezza va rilevato che non sono mancate pronunce in senso contrario, nelle quali si è, cioè, affermato che la stabilità del rapporto di lavoro deve essere valutata con riferimento alla disciplina legale che il lavoratore avrebbe potuto far valere e non quella che di fatto è stata illegittimamente applicata: in tal senso, cfr. la più risalente Cass. 14 maggio 1991, n. 5344.

⁷ Una puntuale descrizione di tali ipotesi già in L. Nannipieri, *Prescrizione dei crediti retributivi, effettiva situazione psicologica di metus del lavoratore e certezza del diritto: l'ipotesi del lavoro in nero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p.168.; C. Fossati, *Decorrenza della prescrizione: la tranquillità effettiva del lavoratore conta più della qualificazione astratta del rapporto*, *ivi*, 1998, II, p. 614.

⁸ In tal senso, Cass. 13 aprile 1995, n. 4219. Da ultimo, relativamente ad un "rapporto di lavoro formalmente autonomo", v. Cass. 1717/2009, cit., e Cass. 12 gennaio 2002, n. 325.

⁹ Cass. 19 maggio 1990, n. 4551.

violazione di legge (art. 2126 c.c.), le quali “comportano la più assoluta libertà del datore di lavoro di rifiutare la prestazione, pur non potendosi configurare in questo caso un atto di licenziamento in senso proprio”¹⁰.

Un caso particolare, che ha suscitato qualche interrogativo in parte della dottrina, è quello della “occupazione fluttuante”, nel quale, cioè, non è chiaro al dipendente quale sia l’effettivo organico dell’impresa, con la conseguenza che la prescrizione non decorrerebbe nel corso del rapporto perché il dubbio in ordine alle dimensioni numeriche “non fa venir meno il timore per il lavoratore di essere licenziato”¹¹.

Infine, il problema della decorrenza della prescrizione si è posto ripetutamente in giurisprudenza in relazione alla successione di più contratti di lavoro a tempo determinato dei quali sia accertata la stipulazione in frode alla legge, con la conseguente conversione in unico contratto a tempo indeterminato. In proposito la giurisprudenza assolutamente prevalente della S.C. ha affermato che la prescrizione dei crediti da esso derivanti non decorre in costanza di tale rapporto, ancorché assistito dalla garanzia della stabilità reale, poiché il lavoratore mai ha la certezza della continuazione della serie negoziale e si trova quindi nella situazione di *metus* nei confronti del datore di lavoro, tipica dei rapporti senza stabilità¹². A diversa conclusione i giudici di legittimità sono, peraltro, pervenuti con riferimento alla ipotesi di successione reiterata di contratti a termini legittimi. Nel comporre un contrasto insorto nella Sezione lavoro le SS.UU. della Corte di cassazione¹³ hanno affermato che in tal caso il termine prescrizionale inizia a decorrere, per i crediti sorti nel corso del rapporto di lavoro, a partire dal giorno della loro insorgenza, e per quelli che maturano al momento della cessazione del primo rapporto lavorativo a partire da tale momento. In primo luogo – sostiene la Corte – ai fini della decorrenza della prescrizione i crediti scaturenti da ciascun contratto vanno considerati autonomamente e distintamente da quelli derivanti dagli altri e non possono assumere alcuna efficacia sospensiva gli intervalli di tempo correnti tra un rapporto lavorativo e quello successivo, stante la tassativa elencazione delle cause di sospensione. In secondo luogo, il lavoratore assunto legittimamente con un contratto a termine conosce perfettamente la sua posizione di precarietà, sì che non potrà sentirsi in posizione di inferiorità e debolezza nei confronti del datore di lavoro, in quanto il suo rapporto di lavoro è

¹⁰ Cass. 12 novembre 2007, n. 23472, avente ad oggetto l’esercizio di fatto di un’attività giornalistica (con mansioni di redattore) da parte di soggetto non iscritto all’albo dei giornalisti professionisti.

¹¹ Così Cass. 8 novembre 1995, n. 11615, con nota di C. Zoli, *Eccezioni alla regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro: i nodi vengono al pettine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 429, il quale, premesso che in questo caso il timore del lavoratore di essere licenziato non va correlato al regime giuridico effettivamente applicabile, bensì alla situazione di incertezza in cui egli può versare, ritiene che nel caso di specie si compia un’applicazione coerente e condivisibile del criterio del *metus* ed osserva, tuttavia, come il “timore del licenziamento fornisca una chiave di soluzione tutt’altro che certa e convincente anche sul versante empirico”.

¹² Cass. 13 agosto 1997, n. 7565; v. anche, tra le altre, Cass. 16 giugno 1987, n. 5303; da ultimo, Cass. S.U. 6 gennaio 2003, n. 575, nonché Cass. 22 febbraio 1995, n. 2020, per la fattispecie sostanzialmente analoga in cui si susseguano due distinti rapporti di lavoro subordinato tra le parti, nessuno dei quali assistito da stabilità reale, in relazione alla quale si è del pari affermato che il termine prescrizionale attinente al primo di tali rapporti non decorre ove venga a cadere nel corso del successivo rapporto.

¹³ Cass. 575/2003, cit., cui sono seguite le conformi Cass. 17 dicembre 2003, n. 19351, e 30 marzo 2004, n. 6322.

destinato comunque ad estinguersi alla scadenza del termine¹⁴. Soluzione che, a dire il vero, non appare pienamente persuasiva, soprattutto in una fase in cui il ricorso al contratto a tempo determinato assume una progressiva diffusione e le proroghe ed i reiterati rinnovi sono all'ordine del giorno, con la conseguenza che la riassunzione da parte del medesimo datore di lavoro diviene per il lavoratore una prospettiva realistica ed appetibile, tale da porsi come ostacolo all'esercizio di azioni giudiziarie nel corso dei rapporti di lavoro a termine. Né va trascurato che – come è stato posto in evidenza da risalente dottrina¹⁵ – a limitare il lavoratore nell'esercizio dei propri diritti sono non soltanto la minaccia del licenziamento, ma anche altri provvedimenti vessatori e ritorsivi nei quali può estrinsecarsi la supremazia imprenditoriale.

Da questa pur sintetica rassegna emerge, quindi, che in piena coerenza con le pronunce della Corte costituzionale, ricordate *sub* 1, la Corte di cassazione (al di là di alcune sentenze isolate di segno contrario) ha eletto a criterio fondamentale, quanto al decorso della prescrizione, quello della condizione psicologica del lavoratore nel corso del rapporto di lavoro, ritenendo giustamente che in mancanza di un formale riconoscimento del suo *status* egli versi in una condizione di debolezza che non gli consente – se non a prezzo di esporsi al rischio di un licenziamento – di esercitare i propri diritti. Questa regola è, poi, rafforzata dall'altro principio del pari affermato dai giudici di legittimità, secondo cui l'onere di provare il requisito della stabilità grava, *ex art.* 2967, comma 2, c.c., su colui che propone la eccezione, cioè sul datore di lavoro che intenda sottrarsi al pagamento del debito retributivo¹⁶.

3. L'ambito di applicazione della prescrizione quinquennale

Prima di soffermarsi sull'attuale assetto dell'istituto in oggetto sembra opportuno individuare sin d'ora, con riferimento alle questioni che con maggiore frequenza vengono portate alla cognizione dei giudici del lavoro, i diritti di credito ai quali si applichi la prescrizione quinquennale, come tali soggetti alla particolare disciplina in precedenza delineata.

Può essere utile anzitutto ricordare, quindi, che la prescrizione breve riguarda tutto ciò che deve essere pagato con periodicità annuale o infrannuale, per cui rientrano in questa nozione la retribuzione mensile, quindicinale o settimanale, nonché le mensilità aggiuntive e i premi di rendimento. Allo stesso regime vanno assoggettati, poi, sia il compenso per il lavoro straordinario, festivo o notturno, proprio perché parte integrante della retribuzione mensile, a prescindere dalla

¹⁴ Così riassume il pensiero della Corte M. Rinaldi, *Prescrizione e decadenza dei crediti di lavoro*, Matelica, 2007, p. 164.

¹⁵ Tale affermazione si ritrova, infatti, già in E. Ghera, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1014. In medesimo ordine di idee sembra collocarsi M. Tatarelli, *Successione di contratti a termine legittimi e decorrenza della prescrizione*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 335, il quale, pur affermando che la soluzione sarebbe ineccepibile dal punto di vista giuridico, osserva che la tesi accolta dalle SS.UU. "introduce nel sistema una disarmonia", in quanto nega rilevanza alla situazione psicologica del lavoratore nuovamente assunto e ritiene che possa prospettarsi la questione di costituzionalità dell'art. 2941 c.c. nella parte in cui non prevede, una volta ripresa la collaborazione lavorativa, la sospensione del decorso della prescrizione in costanza del nuovo rapporto.

¹⁶ V. da ultimo Cass. 16 maggio 2012, n. 7640.

periodicità della relativa prestazione¹⁷; sia il compenso maggiorato per il lavoro prestato nel settimo giorno, con recupero del riposo in altro giorno, nell'ambito di una legittima turnazione prevista dall'azienda¹⁸; sia gli aumenti periodici di anzianità¹⁹; sia, infine, la indennità di trasferta²⁰ (con esclusione della indennità di trasferimento, erogata *una tantum*²¹). A soluzione diversa la giurisprudenza è pervenuta, viceversa, quanto all'azione per il risarcimento del danno per mancato godimento delle ferie²² e lo svolgimento di prestazioni oltre il sesto giorno lavorativo²³.

Particolarmente controversa, inoltre, è stata la soluzione circa l'assoggettabilità o meno alla prescrizione quinquennale del diritto alla qualifica o, meglio, delle conseguenze di carattere patrimoniale conseguenti a tale pretesa.

In passato la giurisprudenza aveva ritenuto che il diritto alla qualifica superiore e quello alle differenze retributive per le mansioni effettivamente svolte soggiacessero, il primo, alla prescrizione decennale, ed il secondo, alle prescrizioni brevi che avevano formato oggetto della declaratoria di illegittimità da parte della Corte costituzionale. Aveva precisato, peraltro, che se il diritto alle differenze retributive venga rivendicato in dipendenza del diritto alla qualifica spettante in correlazione al vantato diritto alla promozione, e non già in via autonoma, con riferimento al dedotto svolgimento di mansioni superiori, la prescrizione decennale si estendeva anche ai diritti patrimoniali. Nelle più recenti pronunce dei giudici di legittimità questo indirizzo è stato peraltro corretto, enunciandosi il principio secondo cui l'azione promossa dal lavoratore per il riconoscimento alla qualifica superiore si prescrive, in effetti, nel termine decennale ordinario, ma l'azione diretta ad ottenere le differenze retributive conseguenti al riconoscimento di detta superiore qualifica si prescrive in ogni caso nel termine quinquennale di cui all'art. 2948 c.c. (anche quando il diritto alle differenze retributive sia azionato insieme al diritto all'attribuzione della qualifica superiore)²⁴.

Resta da aggiungere in proposito che gli altri crediti qui non menzionati sono soggetti alla prescrizione decennale (ad eccezione di quelli nascenti alla cessazione del rapporto, quali t.f.r., indennità di mancato preavviso, ecc., ovviamente estranei alla tematica relativa al decorso della prescrizione stessa) e che la prescrizione presuntiva, il cui decorso è del pari sospeso nelle medesime ipotesi in cui lo è quella estintiva, assume nel diritto del lavoro una scarsa rilevanza pratica, sì che non è oggetto di esame in questa sede.

¹⁷ Cass. 10 novembre 2004, n. 21377, ove si precisa che il medesimo regime va applicato alle retribuzioni per le festività nazionali coincidenti con la domenica e ad "ogni altro credito ... avente origine e titolo nel rapporto di lavoro". In senso conforme, Cass. 18 gennaio 1999, n. 431.

¹⁸ Cass. 18 gennaio 2005, n. 861.

¹⁹ Cass. 8 gennaio 1991, n. 71.

²⁰ Cass. 1 febbraio 1988, n. 862.

²¹ Cass. 20 gennaio 1977, n. 303.

²² Cass. 28 gennaio 1984, n. 708; Cass. 16 luglio 1992, n. 8627.

²³ Cass. 22 gennaio 2004, n. 1135. Va rilevato, tuttavia, che in ordine alle due ultime voci non sono mancati i contrasti nella giurisprudenza di legittimità, essendosi sostenuto (v., ad es., Cass. 11 gennaio 1988, n. 108; 16 febbraio 1989, n. 927) che i crediti di lavoro relativi alle ferie ed ai riposi non goduti non abbiano carattere risarcitorio, bensì retributivo, per cui, dovendo essere erogati con la stessa periodicità della normale retribuzione, sono assoggettabili alla prescrizione quinquennale.

²⁴ In tal senso, v. da ultimo Cass. 8 aprile 2011, n. 8057.

4. La incidenza della nuova disciplina dei licenziamenti sul decorso della prescrizione

Nell'assetto normativo e giurisprudenziale delineato nei precedenti paragrafi viene ora a collocarsi la Legge Fornero, la quale, scuotendo dalle fondamenta la previgente disciplina dei licenziamenti, viene inevitabilmente ad incidere - probabilmente senza che il legislatore ne avesse piena consapevolezza - sull'attuale regime della prescrizione (estintiva e presuntiva).

All'esito della sua evoluzione, l'art. 18 St.lav. aveva stabilito, infatti, attraverso una *reductio ad unum* delle varie ipotesi di licenziamento, che nell'ambito dei requisiti dimensionali previsti fosse disposta *in ogni caso*, in aggiunta al risarcimento del danno subito dal prestatore, la reintegrazione nel posto di lavoro (si trattasse, cioè, di licenziamento nullo, inefficace, annullabile o altrimenti qualificabile *contra legem*). Si era venuta a realizzare così una sorta di automatismo in virtù del quale ogni qual volta ci si trovasse in presenza di un contratto di lavoro subordinato intervenuto con un datore di lavoro che, in base al numero dei dipendenti, rientrasse nell'ambito di applicazione dell'art. 18 cit., e fosse quindi esposto alla "sanzione" della reintegrazione, la prescrizione, estintiva e/o presuntiva, dei crediti dedotti in giudizio dal lavoratore era assoggettata ad un regolare decorso, laddove questo restava sospeso nel corso del rapporto nei casi assistiti da una stabilità meramente obbligatoria (ovvero nella residua area di operatività del recesso *ad nutum*: lavoratori domestici, lavoratori in prova ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, dirigenti).

Come noto, la l. 92, nel tentativo di ottenere una minore rigidità nella flessibilità cd. in uscita, ha totalmente scompaginato il sistema preesistente, operando una diversificazione delle sanzioni rispetto alle varie fattispecie di recesso ed ha così inevitabilmente alterato quell'"automatismo" al quale si è fatto riferimento. In termini schematici²⁵, può rilevarsi che la disciplina del licenziamento nullo, compresa la discriminazione ed il motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*, è grosso modo identica a quella preesistente (e per essa rimane ferma anche la regola secondo cui opera quale che sia il numero dei dipendenti); una normativa in parte analoga è prevista nei casi di inidoneità fisica o psichica del lavoratore e negli altri contenuti nel medesimo comma. Quanto ai licenziamenti di carattere disciplinare (per giusta causa o giustificato motivo), è stato invece introdotto un distinguo in base al quale la reintegrazione è disposta dal giudice solo quando il fatto contestato sia inesistente o rientri tra gli illeciti punibili con una sanzione conservativa. Una distinzione ancor più problematica è sancita per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, in relazione ai quali la reintegrazione consegue esclusivamente all'accertamento giudiziale della "manifesta insussistenza del fatto" e per di più, anche ove ricorra questa fattispecie, la irrogazione di questa più severa sanzione è rimessa alla discrezionalità del giudice. Infine, per il licenziamento inefficace la reintegrazione non è affatto contemplata, risolvendosi la condanna nell'attribuzione al lavoratore di una

²⁵ Si rinvia per approfondimenti ai vari contributi in tema in questo Volume.

indennità risarcitoria compresa tra sei e dodici mensilità dell'ultima retribuzione di fatto.

A fronte di una disciplina talmente frastagliata e di complessa interpretazione è evidente come durante il corso del rapporto il lavoratore non sia più in grado di sapere se esso sia o meno assistito da stabilità reale, dipendendo la eventuale reintegrazione da una serie di variabili che assumeranno una concreta configurazione soltanto all'atto in cui sarà emessa dal giudice la sentenza: questo stato di incertezza *soggettiva* (ma, a dire il vero, anche *oggettiva*, non essendo consentita, soprattutto prima della intimazione del licenziamento, alcuna prognosi circa l'esito di una eventuale impugnazione del recesso) sottrae ogni sicurezza al lavoratore ed impedisce pertanto, per le ragioni poste a fondamento di Corte cost. 63/1966 e della successiva giurisprudenza della Corte di cassazione, che la prescrizione dei crediti in precedenza individuati decorra nel corso del rapporto, quali che siano le dimensioni dell'impresa.

Come efficacemente osservato²⁶, “la mancanza di una efficace regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori del contratto rendono di fatto ‘inagibili’ molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto (retribuzione, professionalità, *privacy*, sicurezza, ecc.)”. Del resto è quanto mai istruttiva la esperienza delle imprese soggette a stabilità obbligatoria, nel cui ambito – come ogni giudice del lavoro è in grado di testimoniare – le controversie instaurate dai lavoratori prima della cessazione del rapporto costituiscono autentica eccezione.

Né può trascurarsi che le prospettive – ora aperte per i lavoratori in presenza di un licenziamento pur illegittimo o inefficace e consistenti il più delle volte in una mera monetizzazione, vale a dire in una risorsa destinata ad esaurirsi, tutt'al più, in un anno o due di retribuzione – sono destinate ad incidere, oltre che sui diritti di carattere individuale ai quali si è fatto ora riferimento, sull'esercizio dei diritti di natura collettiva (assemblee, elezioni delle r.s.u., sciopero, ecc.), già oggi frenati da comportamenti datoriali divenuti via via più aggressivi e sfociati in discriminazioni di massa nei confronti degli aderenti ad una organizzazione sindacale particolarmente invisa al padronato²⁷.

A tale conclusione ha già aderito parte della dottrina²⁸, ma da alcuni giuristi essa è stata posta in dubbio e, per il rilievo che la questione assume nei rapporti tra le parti, non è difficile prevedere che vi saranno in futuro altri tentativi analoghi.

È stato così affermato che anche nelle medie e grandi imprese la reintegrazione è oggi meramente eventuale e che, tuttavia, il lavoratore licenziato “resta comunque tutelato dalla reintegrazione ad effetti risarcitori pieni ove dimostri il motivo illecito del recesso ai sensi dell'art. 1345 c.c.”, invocandosi peraltro, in via

²⁶ Da V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it.dir. lav.*, 2012, I.

²⁷ Ci si riferisce naturalmente all'eclatante caso verificatosi nello stabilimento della Fiat di Pomigliano d'Arco, dove gli iscritti alla Fiom sono stati esclusi dalle assunzioni, su cui v. Trib. Roma 21 giugno 2012 (ord.), in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/area.php?a=8>.

²⁸ Così F. Liso, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *www.csdl.lex.unict.it.*, p. 2; M.T. Carinci, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale dell'Aidlass, *ivi*, p. 26, nota 171.

conclusiva, “un nuovo pronunciamento del Giudice delle leggi”²⁹. Si è da altri osservato che “le modifiche all’art. 18 possano continuare a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro” e che sarebbe in ogni caso opportuno che il legislatore fornisse direttamente la soluzione a tale problema, senza attendere i tempi lunghi della giurisprudenza³⁰.

Se può condividersi la seconda asserzione, in quanto eventuali contrasti giurisprudenziali potrebbero aumentare la già insostenibile litigiosità esistente nell’ambito delle controversie di lavoro, non altrettanto può dirsi della prima. Sta di fatto che, secondo la ormai consolidata giurisprudenza costituzionale, in assenza di un regime – percepibile dal lavoratore – di stabilità reale, deve ritenersi tuttora impedita la decorrenza della prescrizione e che non si comprende come sia possibile affermare il contrario in un quadro generale di ulteriore indebolimento della forza contrattuale dei lavoratori, non solo per effetto delle novità introdotte nella disciplina del recesso.

5. La nuova disciplina della prescrizione nell’ambito del complessivo arretramento della condizione dei lavoratori

Sarebbe in realtà riduttivo ricondurre le novità della riforma del mercato del lavoro ad un mero problema di minor tutela in caso di licenziamento ingiustificato. Certo, rendendo soltanto eventuale la reintegrazione (tranne che per i licenziamenti discriminatori, che già per questo aspetto vedranno verosimilmente ampliarsi il loro raggio di applicazione) si viene a cancellare dal nostro ordinamento un baluardo di civiltà ed a rimettere in larga misura nelle mani del datore di lavoro il potere di risolvere effettivamente il rapporto. Ma al di là di questo gravissimo *vulnus*, proprio la fisionomia oggi assunta dall’istituto della prescrizione estintiva rivela un *arretramento* complessivo della condizione dei lavoratori, che anche nelle aziende di medie e grandi dimensioni tornano ad uno stato di minorità, caratterizzante il periodo anteriore all’emanazione dell’art. 18 dello Statuto.

A ben vedere, se la sospensione del corso della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro renderà pur sempre giustiziabili crediti retributivi all’atto della cessazione del rapporto stesso (ancorché con una ben maggiore difficoltà per la raccolta delle prove, a distanza di tempo dagli eventi controversi), la forzata astensione, nel medesimo periodo, dall’esercizio di azioni giudiziarie accentua la condizione di *impotenza* e di *isolamento* dei lavoratori e determina la progressiva perdita di quella *soggettività* acquisita nel “glorioso trentennio”. Una solitudine ed una perdita di consapevolezza determinate, prima ancora che entrasse in vigore l. 92, dal potere ormai assunto dal datore di modificare illimitatamente modi e tempi della prestazione secondo le proprie esigenze; dalla sensazione di insicurezza assimilata anche dai dipendenti di imprese medio-

²⁹ M. Marazza, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, p. 9.

³⁰ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art.18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 454.

grandi che a causa della crisi economica vedevano – e tanto più ora vedono – messi a rischio i loro posti di lavoro; dal superamento del principio di inderogabilità mediante l'ampliamento degli spazi di autonomia negoziale (in sede aziendale o individuale)³¹. Per dirla con Marco Revelli, si assiste oggi alla “espulsione del lavoro dalla sfera pubblica (quella in cui l’aveva riconosciuto anche formalmente l’art. 1 della nostra Costituzione) e[d al suo] confinamento nella dimensione privata, senza voce e senza forza, regolata da rapporti di comando-obbedienza individuali e irrimediabilmente asimmetrici”³².

Certo, se alla prescrizione – come affermato da larga parte della dottrina – si attribuisce la finalità di garanzia della certezza del diritto, deve riconoscersi che la nuova disciplina dei licenziamenti ha inferto un duro colpo a quel principio, provocando verosimilmente un moto di reazione soprattutto tra i titolari di quelle aziende in precedenza “tutelati” dal decorso della prescrizione nel corso dei rapporti di lavoro. Ed è probabile, perciò, che vi saranno dei tentativi, sul piano giurisprudenziale e/o su quello legislativo, per correggere quegli “improvvidi” effetti della riforma. Spetterà, per un verso, alla giurisprudenza ordinaria e costituzionale e, per altro verso, alla dottrina giuslavoristica evitare che vengano erosi i criteri enucleati dalla Consulta a cominciare dagli anni '60 al fine di riequilibrare per quanto possibile la posizione di debolezza del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro.

³¹ Sia consentito rinviare al riguardo, per un approfondimento del tema, a S. Mattone, *Le tute blu: dallo Statuto a Pomigliano e Mirafiori*, in *Quest. Giust.*, n. 3-4, 2011, pp.169-170.

³² *Uomini e no*, ne *il manifesto*, 19 settembre 2012.

VECCHI E NUOVI STRUMENTI: CASSA INTEGRAZIONE, INDENNITÀ DI MOBILITÀ, A.S.P.I.

di Glauco Zaccardi

1. Dallo Stato sociale alla compatibilità finanziaria / 2.1. L'ASpI, Assicurazione Sociale per l'Impiego: finalità, definizione, requisiti di accesso / 2.2. Segue: ambito di applicazione; la incompleta declinazione del principio universalistico / 2.3 Segue: la struttura della prestazione / 2.4. Segue: il regime giuridico / 3. La "mini- ASpI" / 4. I collaboratori a progetto e gli apprendisti / 5. La scomparsa della mobilità; il principio di condizionalità; le politiche attive / 6. Le tutele interne al rapporto di lavoro.

1. Dallo Stato sociale alla compatibilità finanziaria

L'espressione "ammortizzatori sociali" è, per vero, priva di un significato tecnico giuridico proprio, ma ormai universalmente è utilizzata per indicare l'insieme delle misure approntate dall'ordinamento per attenuare gli effetti sociali della crisi delle imprese eccedenti determinate dimensioni.

All'interno del più complessivo "contenitore" si distinguono poi le tutele interne al rapporto di lavoro, consistenti in misure di sostegno al reddito di quei lavoratori interessati da una sospensione totale o parziale del rapporto (quando, però, quest'ultimo sia ancora in corso), da quelle esterne, le quali intervengono allorché ormai la difficoltà dell'impresa abbia determinato la soppressione di posti di lavoro, conseguente alla impossibilità di mantenere i livelli occupazionali pregressi.

Quanto alle prime, il campo è quasi esclusivamente occupato dalle varie forme di Cassa integrazione: a) ordinaria, in caso di scompensi della produzione dovuti a eventi contingenti non riconducibili al fatto dell'imprenditore (tipici i casi delle intemperie stagionali, del fermo dei trasporti, della situazione temporanea di difficoltà del mercato); b) straordinaria, quando la crisi imprenditoriale sia tale da non consentire una prognosi favorevole di mantenimento dell'occupazione; c) in deroga, rispetto alla legislazione vigente, quando - con determinazione politica, consentita da varie leggi succedutesi negli ultimi anni - si ritenga di utilizzare l'ammortizzatore per fronteggiare particolari crisi che, se non affrontate, potrebbero comportare rilevanti problemi sociali ed economici.

Destinatari possono essere operai nonché (dal 1991) quadri e impiegati; per le forme diverse dalla ordinaria, l'integrazione salariale spetta solo a condizione che il lavoratore vanti non meno di 3 mesi di anzianità lavorativa e l'impresa occupi almeno 15 unità, esclusi apprendisti, *part time*, contratti di inserimento ed a domicilio, nonché dirigenti¹.

L'istituto della Cassa integrazione, concepito ad opera della contrattazione collettiva corporativa nel 1941, fu sancito legislativamente, per la prima volta, dal d.lgs. luogotenenziale 9 novembre 1945, n. 748, ed è giunto, attraverso numerosi interventi settoriali, sino a completa rivisitazione e sistemazione organica, compiuta con la l. 23 luglio 1991, n. 223.

Quella in deroga, introdotta per la prima volta dall'art. 1, comma 155, l. 30 dicembre 2004, n. 311, ha trovato generale consacrazione negli ultimi tempi, dapprima con l'art. 33, comma 21, l. 12 novembre 2011, n. 183, e, poi, con i commi da 64 a 66 dell'articolo 2 della legge in commento.

Per i lavoratori ai quali non si applica la Cassa integrazione (ai sensi dell'art. 12, comma 1, l. n. 223/91), è prevista la speciale indennità di disoccupazione per sospensione del rapporto di lavoro.

In ordine alle tutele esterne al rapporto stesso, il sistema si presenta con maggiore articolazione; a) la mobilità, per i lavoratori in possesso di anzianità aziendale di almeno 12 mesi, di cui non meno di sei di effettivo lavoro, licenziati per riduzione del personale da imprese industriali che abbiano occupato non meno di 15 unità nell'ultimo semestre o commerciali che ne abbiano impiegato non meno di 200 nel medesimo periodo; b) la indennità di disoccupazione, prevista a beneficio di tutti i lavoratori subordinati che non rientrano nel campo di applicazione della mobilità; c) il lavoro socialmente utile, consistente nell'utilizzo di lavoratori rimasti privi di occupazione in opere o servizi di pubblica utilità, al fine di mantenerli nel circuito produttivo attivo e di assicurare loro una integrazione dei mezzi di sostentamento.

Le fonti della disciplina sono attualmente e principalmente racchiuse nella menzionata l. n. 223/91 per la mobilità, nel d.l. 14 aprile 1939, n. 636, convertito, con modificazioni, nella l. 6 luglio 1939, n. 1272, e successive modificazioni (da ultima, quella di cui al d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181) per la indennità di disoccupazione e nei decreti legislativi nn. 81/2000 e 468/1997 quanto ai lavori socialmente utili.

Il complesso normativo che regola il panorama degli ammortizzatori sociali, così come li abbiamo conosciuti sino all'entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92, dunque, è estremamente variegato, tanto che non è mancata, in dottrina² la osservazione che, in realtà, malgrado le ambizioni sistemiche della l. 223, un vero

¹ Non è, la presente, la sede per una trattazione completa del sistema degli ammortizzatori sociali vigente prima della introduzione della riforma in commento, la disciplina dei quali è soltanto accennata per esigenze introduttive del tema. Si rinvia, pertanto, alla bibliografia di settore, in particolare, tra gli altri a: S.L. Gentile, *Prestazioni previdenziali e indennità: CIG, CIGS, Mobilità, compensi per lavori socialmente utili e prestazioni di gravidanza*, in *Inf. prev.*, 2005, n. 5-6; G. Mimmo, *Prestazioni a sostegno del reddito: cassa integrazione guadagni, indennità di mobilità e indennità di disoccupazione*, Relazione all'incontro di studio C.S.M. su *Le principali questioni sostanziali e processuali in tema di previdenza e assistenza*, in *www.cosmag.it*.

² M. Miscione, *Il mercato del lavoro degli anni 2000*, in *Lav. giur.*, 2012, I, p. 5.

e proprio sistema della materia non esistesse e ciò, soprattutto, in seguito alla comparsa nella legislazione della cassa integrazione e della mobilità in deroga.

Non di meno, non è dubitabile che - malgrado l'affermata e piana natura previdenziale delle prestazioni in commento, caratterizzate (con l'eccezione del lavoro socialmente utile) dalla presenza di un rapporto assicurativo sociale e dalla erogazione di benefici economici in coincidenza con la realizzazione di un rischio attinente la sfera del lavoro - gli ammortizzatori sociali³ abbiano avuto sinora il pregio di svolgere anche una funzione determinante di politica di sostegno del reddito e, quindi, indirettamente, di tutela dal bisogno dei lavoratori rimasti privi di occupazione.

Un compito latamente assistenziale, pertanto, è sempre stato storicamente assolto da istituti come la Cassa integrazione, la mobilità, la indennità di disoccupazione, anche in vista della tenuta sociale di quei territori (molti) i quali, sull'insediamento di impianti industriali di notevoli dimensioni, avevano ed hanno fondato le basi del proprio sviluppo.

In tale prospettiva, non può negarsi la centralità che gli ammortizzatori hanno acquisito nel disegno dello Stato sociale, quale modello, quest'ultimo, di ordinamento che, accanto alle istanze di libertà individuali, si preoccupa di promuovere anche l'attuazione del progresso sociale attraverso istituti di liberazione dal bisogno e di assicurazione di condizioni di esistenza libere e dignitose⁴.

Il grande limite, semmai, delle misure in vigore fino al 2012 non è individuabile tanto nella mancanza di sistematicità delle relative previsioni normative (ché un sistema, benché articolato e complesso, può dirsi esistente, seppur con previsione di ampie deroghe), quanto piuttosto nell'essere state concepite in relazione ad un mondo del lavoro che non c'è più, quello basato sul contratto a tempo indeterminato quale schema unico, o quanto meno fondamentale, del rapporto tra datore e prestatore.

La proliferazione dei tipi contrattuali, con l'impennata alla quale si è assistito a decorrere dagli anni 2000, ha trovato spiazzati gli ammortizzatori sociali, tutti concepiti in relazione a dinamiche del lavoro in buona parte numericamente residuali.

Di questo grande limite era consapevole il legislatore, il quale, già con l'art. 2, comma 28, l. n. 662/96, aveva anticipato la messa in cantiere di una generale riforma del settore. È questo l'obiettivo che la l. n. 92, soprattutto con l'art. 2, mira a conseguire.

La riforma, però, non si è mossa nella direzione della espansione della sicurezza sociale, bensì ha colto, dalla crisi economica globale e, segnatamente, occidentale, l'occasione per impostare un nuovo sistema "a regime", rigidamente ispirato dalla logica della necessaria tenuta dei conti pubblici.

La erosione sino alla eliminazione della mobilità, il principio di condizionalità delle prestazioni, la mancata effettiva attuazione del dichiarato carattere di

³ Quanto alla mobilità, in termini, Cassazione S.U. n. 11326/2005.

⁴ Sul tema, diffusamente, E. Gragnoli, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, Relazione al Convegno Aidlass Pisa, 2012, in www.aidlass.it.

universalità delle stesse, sono tutti aspetti dell'unico denominatore comune sotteso alla riforma: la esigenza di risparmiare risorse finanziarie.

Dallo Stato sociale alla compatibilità finanziaria, quindi, in una visione nella quale "i condizionamenti indotti da una situazione di emergenza particolarmente virulenta, come l'attuale, risultano consapevolmente strutturati come riforme di sistema"⁵.

2.1. L'ASpI, Assicurazione Sociale per l'Impiego: finalità, definizione, requisiti di accesso

Nell'art 2 l. n. 92, rubricato e dedicato agli ammortizzatori sociali, all'ASpI, la nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego, è assegnato un peso assolutamente dominante, sia per la quantità di commi dedicati a tale forma assicurativa, sia, soprattutto, per la centralità che la prestazione assume nel nuovo assetto degli ammortizzatori stessi; giova, quindi, prendere le mosse, nell'analisi della riforma, proprio dal conio di tale istituto.

ASpI, in verità, è acronimo dolce e accattivante con il quale il legislatore ha ridefinito un'assicurazione presente, in maniera pressoché identica, nelle forme della contestualmente abolita (dall'art. 2, comma 44), a partire dal 2013, indennità di disoccupazione.

Il comma 1 dell'art. 2, infatti, individua la finalità dell'assicurazione nella funzione di fornire ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione una indennità mensile di disoccupazione, in identità con lo scopo prefissato al precedente trattamento dai r.d.l. n. 2270/24 e n. 636/39, prima, e dal d.lgs. n. 181/2000 fino all'attualità.

Anche la definizione del rischio assicurato è mutuata dal pregresso istituto, in particolare dall'art. 1, comma 2, lettera c), del decreto n. 181, espressamente richiamato dall'art. 2, comma 4, lettera a).

L'ASpI copre, pertanto, la disoccupazione intesa come perdita involontaria del lavoro, accompagnata da una condizione attiva di ricerca di una nuova occupazione.

Affatto identici ai precedenti, ancora, sono i requisiti di accesso al diritto: occorrono due anni di assicurazione ed almeno uno di contribuzione nel biennio precedente la perdita del lavoro (art. 2, comma 4, lettera b).

Nel silenzio della legge, deve ritenersi che, al pari di quanto ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo ai presupposti assicurativi e contributivi della indennità di disoccupazione⁶, il periodo minimo utile al fine del conseguimento del diritto dovrà essere computato tenendo conto anche dei periodi di assenza per malattia e per ferie, purché intervenuti nell'ambito di un rapporto di lavoro effettivamente in corso e non oggetto di sospensione con attribuzione della Cassa integrazione guadagni.

⁵ Così, M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, n. 2, p. 227 ss.

⁶ Cass. n. 12039/92; Cass. n. 6762/96.

2.2. Ambito di applicazione; la incompleta declinazione del principio universalistico

Analogo, poi, permane l'ambito di applicazione dell'ASpI rispetto al previgente istituto. Al quale riguardo, la l. n. 92 in più punti sottolinea le proprie mire universalistiche, affermazione la quale, per vero, non sembra riscontrata alla prova della puntuale analisi del dato normativo. L'art. 1, comma 1, lettera d) l. n. 92, infatti, nell'ambito delle *Disposizioni generali*, impegna una certa enfasi nell'individuare, per la riforma, l'obiettivo di rendere "più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone". Sulla stessa linea l'art. 2, comma 2, a norma del quale sono "compresi nell'ambito di applicazione dell'ASpI tutti i lavoratori dipendenti, ivi compresi...".

Senonché, se si ha riguardo alle esclusioni disposte con il medesimo comma 2 e con il successivo comma 3, si comprende agevolmente come la riforma abbia, in realtà, coperto il medesimo terreno sino ad oggi occupato dalla indennità di disoccupazione.

Restano fuori, infatti, dall'ASpI:

a) gli operai agricoli a tempo indeterminato, per i quali continuerà a trovare applicazione la speciale disoccupazione agricola (comma 3);

b) i pubblici dipendenti appartenenti a tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165;

c) i collaboratori a progetto, per i quali troverà applicazione il nuovo trattamento introdotto con i commi da 51 a 56 dell'art. 2 della Riforma Fornero; anche in questo caso, però, come si vedrà *infra*, nulla è cambiato sostanzialmente rispetto a misure già presenti nel nostro ordinamento, seppure in via transitoria, in relazione alle quali le lettere a), b) e c) del comma 1 dell'art. 19 d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, nella l. 28 gennaio 2009, n. 2, avevano introdotto una prestazione temporanea, della quale la l. n. 92/2012 si è limitata a sancire il passaggio a regime, seppure con una tutela ridotta dal punto di vista monetario;

d) i soci delle cooperative, i quali non abbiano stipulato un contratto di lavoro subordinato.

Sono ricompresi, invece, nell'ambito di applicazione dell'ASpI, gli apprendisti, ai quali, per la verità, una tutela previdenziale analoga era già stata riconosciuta con il menzionato art. 19 d.l. n. 185/2008 (su cui *infra*). Nulla dice la l. n. 92, invece, quanto ai lavoratori subordinati retribuiti esclusivamente con la partecipazione agli utili o al prodotto, esclusi dalla fruizione della precedente indennità di disoccupazione.

Agli stessi, alla luce del dichiarato obiettivo universalistico di cui all'art. 1, comma 1, lettera d) della riforma, nonché considerata la formula generale dell'art. 2, comma 2 - che allude a tutti i dipendenti, salve le eccezioni menzionate - dovrebbe ritenersi applicabile la nuova assicurazione, così realizzandosi, almeno

in tale limitatissimo ambito, una forma di estensione del campo di applicazione della tutela.

Parimenti non espressamente regolato è il campo del lavoro artistico o teatrale. Ispirandosi alle medesime coordinate appena richiamate, relative alla enunciata finalità universalistica ed al riferimento a tutti i lavoratori (purché subordinati), sembra che possa continuare a trovare applicazione il regime concretamente applicato dall'Inps a partire dal messaggio n. 852/2002, secondo il quale sono attualmente soggetti all'assicurazione contro la disoccupazione i lavoratori dipendenti, mentre gli artisti ingaggiati con contratti di opera professionale ne restano esclusi.

Con l'avvertenza, per i primi, che, tenuto conto del requisito di almeno un anno di contribuzione nell'ultimo biennio precedente la perdita del lavoro, accederanno in concreto all'ASpI (esattamente come è accaduto sino al 2012 per la indennità di disoccupazione) tendenzialmente i lavoratori occupati in via più o meno stabile da aziende alberghiere o simili, o i tecnici, macchinisti o truccatori alle dipendenze, fisse, di enti teatrali o imprese radiotelevisive, mentre gli attori scritturati da compagnie, difficilmente supereranno la soglia di ingresso alla prestazione.

Alla luce delle considerazioni che precedono, è agevole il rilievo che l'ASpI, malgrado l'enfasi posta sull'obiettivo tendenziale universalistico, continui a rappresentare una tutela per gli stessi interessati dal precedente intervento di disoccupazione involontaria.

Soprattutto, ed è il dato più significativo, ne restano esclusi gli inoccupati, ovvero coloro che si trovino in stato di disoccupazione senza provenire da un pregresso rapporto di lavoro, cosicché, in realtà, l'acronimo ASpI, più che riferirsi all'assicurazione sociale per l'impiego, dovrebbe leggersi come espressivo di una forma assicurativa per la (sola) perdita dell'impiego.

Perdita, va precisato, sempre e solo involontaria, poiché l'art. 2, comma 5, esclude espressamente, come già stabilito nel presente regime, la prestazione per i casi di dimissioni o risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, con la sola eccezione dei casi in cui quest'ultima sia intervenuta nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 l. n. 604/66, come modificato dal comma 40 dell'art. 1 della Legge Foriero (su cui *infra*).

2.3 La struttura della prestazione

Anche per ciò che concerne la struttura della prestazione, ossia, essenzialmente, la misura e la durata del sostegno, la l. n. 92 ha seguito le orme del precedente istituto della indennità di disoccupazione.

All'entità della indennità mensile, nella corresponsione della quale si risolve l'ASpI, sono dedicati i commi da 6 a 9 dell'art. 2.

Nella quantificazione del trattamento vi si prevede (comma 7) un meccanismo di parametrizzazione alla retribuzione percepita negli ultimi 2 anni, in percentuale del 75% nei casi in cui questa sia, nel 2013, pari o inferiore ad € 1.180 mensili e, in ipotesi di eccedenza, con una ulteriore aggiunta del 25% dell'importo superiore

alla predetta soglia. La base di calcolo, delineata dal comma 6 ed alla quale va applicata la percentuale, appare leggermente favorevole, per un verso, a quella della indennità di disoccupazione, essendo riferita espressamente a tutti gli emolumenti percepiti, continuativi e non continuativi (così includendo senza ombra di dubbio anche la indennità di ferie non godute) e, sotto altro profilo, invece, essendo la base stessa costituita dalla retribuzione percepita negli ultimi due anni (e non, come in precedenza, negli ultimi 3 mesi), il dato di riferimento potrebbe risultare inferiore a quello di cui al pregresso trattamento.

Ciò perché, ampliando a ritroso il periodo da considerare, potrebbero risultare inclusi nella media mesi o anni di vigenza di un precedente contratto collettivo o, comunque, di non fruizione di indennità di vacanza contrattuale, evenienza, invece, assai rara nel precedente regime.

Peraltro, ai sensi del secondo periodo del comma 7, “L’indennità mensile non può in ogni caso superare l’importo mensile massimo di cui all’articolo unico, secondo comma, lettera b), della legge 13 agosto 1980, n. 427, e successive modificazioni”.

La misura dell’ASpI, dunque, è ancorata al massimale della CIGS, in perfetta analogia con quanto previsto per la precedente indennità di disoccupazione già dal 1996, in virtù della l. 451/94⁷. Peraltro, ai sensi del comma 8 dell’art. 2 in commento ed in continuità con il passato alla indennità ASpI non si applica il prelievo contributivo di cui all’art. 26 l. n. 41/86. Ai sensi del comma 9 dell’art. 2, poi, alla indennità si applica una riduzione del 15% dopo i primi sei mesi di fruizione ed una ulteriore decurtazione del 15% dopo il dodicesimo mese di fruizione.

Con riferimento alla entità del trattamento, appare non casuale il meccanismo delineato dal comma 6 per la determinazione dell’esatto ammontare della prestazione: si devono prendere a riferimento le settimane di contribuzione effettivamente versate nel biennio di riferimento, dividere la retribuzione media per le stesse e moltiplicare il risultato per 4,33, numero mediamente ricorrente di settimane in un mese. Il calcolo, in altri termini, è stato svincolato del tutto dal riferimento alle giornate lavorative, alle quali faceva richiamo, invece, l’art. 32, comma 1, d.lgs. 26 aprile 1957, n. 818⁸.

Un ultimo aspetto, in merito all’ammontare del trattamento, richiede di essere accennato. La riforma non chiarisce espressamente se l’importo dell’ASpI sia soggetto a rivalutazione secondo gli indici Istat. Nel precedente regime, quello in vigore attualmente e sino al 2012, la legge non prevede la rivalutazione automatica della indennità di disoccupazione, né di quella di mobilità.

⁷ Nel 2011 pari ad € 906,80 al mese per le retribuzioni fino ad € 1.961,80 mensili e ad € 1.089,25 per quelle superiori.

⁸ Tale norma, in particolare, aveva dato luogo a notevole contenzioso sul versante della quantificazione dell’importo della diversa indennità di mobilità, con riguardo ai mesi di febbraio degli anni bisestili. Poiché, infatti, l’art. 7, ultimo comma, l. n. 223/1991, per la disciplina della mobilità rinviava alle norme in tema di disoccupazione involontaria, in giurisprudenza ci si era interrogati sul tema: ha risolto la questione Cass. n. 17048/2003, in senso favorevole ai lavoratori, affermando che, per la liquidazione della indennità di mobilità, occorresse fare riferimento all’ammontare della Cassa integrazione, diviso per 30 giornate e moltiplicato, a febbraio, per 28 o 29 a seconda dell’anno, non bisestile o bisestile. Tale contenzioso non dovrebbe più insorgere, in futuro, sia per la scomparsa della mobilità dal 2017, sia, *medio tempore*, per la introduzione di un sistema di quantificazione dell’ASpI non fondato sulle giornate.

Per la Cassa Integrazione, invece, l'art. 3, commi 3 e 4, d.l. n. 299/94, convertito, con modificazioni, nella l. n. 451/94, nel testo modificato dall'art. 1, comma 27, l. n. 247/2007, ha introdotto l'adeguamento al 100% dell'andamento degli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati e operai.

La giurisprudenza si è chiesta pertanto se, giacché la misura massima della mobilità e della disoccupazione sono stabilite con riferimento a quella della CIGS, anche per le prestazioni diverse dalla Cassa operi il meccanismo della rivalutazione legale.

La Corte di Cassazione in più occasioni⁹ ha affermato che *“il criterio di adeguamento automatico posto dall'art. 1, quinto comma, decreto legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito in legge 19 luglio 1994, n. 451, che ha modificato l'art. 1 legge 13 agosto 1980, n. 427, riguarda unicamente il trattamento straordinario di integrazione salariale e solo indirettamente, quanto alla rivalutabilità dei massimali del relativo trattamento, incide anche sull'indennità di mobilità, la quale, invece, dopo la sua iniziale quantificazione, non è più incrementabile in conseguenza delle variazioni dell'indice ISTAT; né la diversità del meccanismo di indicizzazione dell'indennità di mobilità, rispetto a quello relativo all'integrazione salariale straordinaria, suscita dubbi di illegittimità costituzionale, in relazione agli art. 3 e 38 Cost., sia perché la differenziazione risponde alla scelta discrezionale del legislatore, sia perché la Corte costituzionale, con la sentenza n. 184 del 2000, ha escluso che vi sia un'esigenza costituzionale che imponga la rivalutabilità dell'indennità di mobilità oltre alla rivalutazione dei suddetti massimali”*.

Il principio, benché esplicitamente riferito alla sola mobilità, è enunciato con argomentazioni tali da apparire riferibili anche al caso della indennità di disoccupazione. A fornire una soluzione al quesito se, nel vigore dell'ASpI, sia applicabile al nuovo istituto la rivalutazione automatica, pensa tuttavia l'art. 2, comma 71, lettera f) della Legge Fornero, il quale ha abolito, ma con effetto soltanto a decorrere dal 1° gennaio 2017, l'art. 3, commi 3 e 4, d.l. n. 299/94, ovvero la norma (poi modificata come detto dall'art. 1, comma 27, l. n. 247/2007) che aveva introdotto, per la CIGS, l'adeguamento agli indici Istat (in origine nella misura dell'80% e, dal 2008, del 100%).

Per il periodo intermedio, sembra che, con riguardo alla rivalutazione della indennità di disoccupazione, la soluzione positiva derivi dai principi giurisprudenziali enunciati in tema di prestazione di mobilità.

Per ciò che attiene alla durata, viene in rilievo innanzitutto la decorrenza: l'art. 2, comma 12, stabilisce che il trattamento compete dall'ottavo giorno successivo alla data di cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro ovvero dal giorno successivo a quello in cui sia stata presentata la domanda. Questa (da inoltrare esclusivamente in via telematica), per il comma 13, deve essere presentata, a pena di decadenza, entro due mesi dalla data di spettanza del trattamento.

Anche in questo caso sono evidenti le analogie con il trattamento di disoccupazione involontaria vigente sino al 2012; quest'ultimo era indennizzabile dall'ottavo giorno successivo alla cessazione, se la domanda fosse stata inoltrata entro il settimo giorno dalla medesima, ovvero dal quinto giorno seguente l'istanza, qualora questa fosse stata avanzata tra l'ottavo e il sessantasettesimo

⁹ Per tutte v. Cass. n. 21290/2010; Cass. n. 8805/2004.

giorno successivo alla interruzione del rapporto di lavoro. Dall'inutile decorso del sessantottesimo di posteriore alla cessione, senza che fosse stata presentata alcuna domanda, derivava la decadenza dal diritto al conseguimento della prestazione.

Quanto alla estensione del periodo di godimento dell'ASpI, la riforma ha previsto un regime transitorio, al suo interno a sua volta articolato in relazione all'anno solare nel quale intervenga l'evento interruttivo del rapporto di lavoro, ed uno definitivo, per il quale si stabilisce l'entrata in vigore a partire dal 2016.

In ordine al primo, il comma 45 stabilisce che la durata massima legale, in relazione ai nuovi eventi di disoccupazione verificatisi a decorrere dal 1° gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2015, sia disciplinata nei seguenti termini:

a) per le prestazioni relative agli eventi intercorsi nell'anno 2013: otto mesi per i soggetti con età anagrafica inferiore a cinquanta anni e dodici mesi per i soggetti con età anagrafica pari o superiore a cinquanta anni;

b) per le prestazioni relative agli eventi intercorsi nell'anno 2014: otto mesi per i soggetti con età anagrafica inferiore a cinquanta anni, dodici mesi per i soggetti con età anagrafica pari o superiore a cinquanta anni e inferiore a cinquantacinque anni, quattordici mesi per i soggetti con età anagrafica pari o superiore a cinquantacinque anni, nei limiti delle settimane di contribuzione negli ultimi due anni;

c) per le prestazioni relative agli eventi intercorsi nell'anno 2015: dieci mesi per i soggetti con età anagrafica inferiore a cinquanta anni, dodici mesi per i soggetti con età anagrafica pari o superiore a cinquanta anni e inferiore a cinquantacinque anni, sedici mesi per i soggetti con età anagrafica pari o superiore a cinquantacinque anni, nei limiti delle settimane di contribuzione negli ultimi due anni.

Quanto al sistema a regime, è il comma 11 a prevedere che: "A decorrere dal 1° gennaio 2016 e in relazione ai nuovi eventi di disoccupazione verificatisi a decorrere dalla predetta data:

a) per i lavoratori di età inferiore a cinquantacinque anni, l'indennità di cui al comma 1 viene corrisposta per un periodo massimo di dodici mesi, detratti i periodi di indennità eventualmente fruiti nel medesimo periodo, anche in relazione ai trattamenti brevi di cui al comma 20 [cd. mini-AspI];

b) per i lavoratori di età pari o superiore ai cinquantacinque anni, l'indennità è corrisposta per un periodo massimo di diciotto mesi, nei limiti delle settimane di contribuzione negli ultimi due anni, detratti i periodi di indennità eventualmente fruiti nel medesimo periodo ai sensi del comma 4 ovvero del comma 20 del presente articolo".

Anche con riguardo all'aspetto della durata del trattamento, non possono sfuggire le sostanziali analogie tra l'ASpI e la contestualmente abolita indennità di disoccupazione. Quella vigente sino al 2012, infatti, ha una durata massima di 8 mesi nel caso in cui il lavoratore non abbia superato i 50 anni di età alla data del licenziamento, oppure 12 mesi qualora abbia superato i 50 anni.

Solo nella durata del trattamento per gli infracinquantenni, dunque, è rinvenibile un consistente disallineamento tra la disciplina dell'ASpI a regime e quella della indennità di disoccupazione.

2.4. Il regime giuridico

L'ASpI è costruita chiaramente come una assicurazione sociale, di natura previdenziale e ciò non solo per l'espresso utilizzo del termine "assicurazione" nella definizione legislativa.

L'art. 2, infatti, individua chiaramente, al comma 1, il rischio assicurato, al verificarsi del quale scatta il diritto alla prestazione, nei commi 2 e 3, i soggetti in favore dei quali opera l'istituto e prevede, ai commi dal 24 al 27, che al finanziamento si faccia fronte con contributi obbligatori (gli stessi della indennità di disoccupazione). L'ASpI, poi, *ex* comma 1, è istituita presso la Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti, di cui all'art. 24 l. n. 88/89.

Da tali caratteristiche (di assicurazione previdenziale) e collocazione (nell'ambito delle prestazioni temporanee di cui alla Gestione dell'art. 24 citato) derivano due importanti conseguenze in ordine al regime giuridico della forma assicurativa in esame.

Innanzitutto, come chiarito dalla Corte di Cassazione con riguardo all'indennità di mobilità¹⁰, si applica la decadenza previdenziale, cosicché la domanda giudiziale, in caso di negativo esito della istanza in via amministrativa, andrà presentata, ai sensi dell'art. 47, comma 3, d.p.r. n. 639/70, (come sostituito dall'art. 4 d.l. n. 384/92, convertito con modificazioni nella l. n. 438/92), a pena di decadenza, nel termine di un anno dalla comunicazione del ricorso amministrativo o dalla scadenza del termine stabilito per la pronuncia su di esso ovvero dalla scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo.

Ancora, dalla natura di prestazione previdenziale e dal conseguente assoggettamento ad una disciplina inderogabile - perché ispirata da finalità pubblicistiche sottratte alla disponibilità dei privati - deriva la nullità, per frode alla legge (in quanto modificativo della disciplina legale che regola i tempi, le modalità e i requisiti oggettivi che presiedono alla erogazione della) dell'eventuale accordo transattivo tra il datore di lavoro ed il lavoratore, avente ad oggetto in qualsiasi modo diritti od obblighi connessi all'Assicurazione¹¹.

Sempre in tema di regime giuridico dell'ASpI, appare di fondamentale rilievo la previsione del comma 14 dell'art. 2 in commento, il quale collega il mantenimento del diritto alla prestazione ASpI alla permanenza dello stato di disoccupazione.

Infatti, ai sensi del seguente comma 15, in caso di nuova occupazione, il trattamento è sospeso fino ad un massimo di sei mesi, decorso il quale, qualora l'interessato non sia tornato disoccupato, deve intendersi implicitamente estinto il diritto alla percezione della prestazione in esame.

¹⁰ Per tutte cfr., con argomenti pienamente confacenti all'ASpI, proprio perché riferiti alla natura della prestazione, previdenziale e temporanea, Cass. n. 27674/2011; Cass. n.16342/2007.

¹¹ Principio già affermato da Cass. n. 24828/2011, sempre in tema di mobilità.

Il comma 40, inoltre, disciplina le ipotesi nelle quali la perdita dello stato di disoccupazione determini decadenza dal diritto alla percezione dell'ASpI. In particolare, con previsioni che non richiedono particolari sforzi esegetici, si sancisce la decadenza in caso di: perdita dello stato di disoccupazione; inizio di una attività in forma autonoma senza che il lavoratore effettui la comunicazione di cui al comma 17; raggiungimento dei requisiti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato; acquisizione del diritto all'assegno ordinario di invalidità, sempre che il lavoratore non opti per la indennità erogata dall'ASpI.

Non si può non notare come le richiamate previsioni introducano un decisivo arretramento nella tutela dei disoccupati, ai quali l'art. 4 d.lgs. n. 181/2000 consente (fino al 2012, ultimo anno di vigenza della indennità di disoccupazione) di svolgere attività lavorativa e di conservare la indennità purché la prima non superi determinate soglie reddituali, individuate, recentemente, con nota n. 12/2009 dell'Inps, in € 8.000,00 annui lordi per i redditi da lavoro dipendente ed assimilati, in € 7.500,00 se concorrano redditi da pensione ed in € 4.800,00 per i redditi da lavoro autonomo.

L'unica apertura, peraltro assai ridotta, della riforma del 2012 è rivolta al tentativo dell'assicurato, percettore di ASpI, di cimentarsi in un lavoro autonomo. Tale facoltà potrà essere, sì, esercitata senza perdita del diritto alla prestazione, ma questa subirà una decurtazione pari all'80% dei redditi annui preventivati quali proventi dell'attività autonoma, salvo conguaglio a fine anno (art. 2, comma 17).

3. La "mini- ASpI"

Altro acronimo che sembrerebbe voler suggerire un senso di modernità collegato alla novità alla quale si riferisce, è quello utilizzato dall'articolo 2, comma 20, della l. n. 92.

Vi si prevede la istituzione di una indennità, denominata, appunto, mini-ASpI e riservata a tutti coloro che, rientrando nell'ambito di applicazione dell'ASpI, non possiedano i requisiti assicurativi e contributivi necessari per fruire di quest'ultima, ma abbiano conseguito, negli ultimi 12 mesi precedenti la perdita della occupazione, almeno 13 settimane di assicurazione e contribuzione.

Anche in questo caso, nulla di particolarmente nuovo. L'ordinamento già conosce la indennità di disoccupazione a requisiti ridotti, destinata ad esser soppiantata dal nuovo trattamento, concepita in relazione a requisiti, per certi versi meno favorevoli (occorrono due anni di anzianità assicurativa contro la disoccupazione involontaria), per altri meno rigorosi (sono sufficienti 78 giornate di contribuzione effettiva anziché 13 settimane), ma nel complesso sostanzialmente analoghi.

La nuova indennità, disciplinata nei commi da 20 a 24, è corrisposta mensilmente e determinata in relazione al numero di settimane di contributi versati, ridotte alla metà (comma 21).

Alla stessa si applicano i commi 3, 4, lettera a), 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 e 19 relativi all'ASpI, ovvero, in sintesi, è applicabile tutto il regime

giuridico della prestazione maggiore, con le ovvie esclusioni dei requisiti contributivi ed assicurativi e della durata del trattamento.

La sospensione per una nuova occasione di lavoro, ai sensi del comma 23, vige per un lasso di cinque giorni massimi, decorsi i quali, come a proposito dell'ASpI, deve intendersi estinto il diritto alla percezione della prestazione.

4. I collaboratori a progetto e gli apprendisti

Si è accennato alla esclusione dei collaboratori a progetto dall'applicazione dell'ASpI. Per gli stessi, i commi da 51 a 56 della l. n. 92 prevedono una forma assicurativa, in forma di indennità corrisposta in caso di perdita della committenza.

Trattasi, per il vero, non di una novità, bensì, semplicemente, della riproposizione, seppure a regime (ma con presupposti di accesso più rigorosi), di una prestazione già presente nel nostro ordinamento, introdotta in via transitoria dalle lettere a), b) e c) del comma 1 dell'art. 19 d.l. n. 185/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 2/2009, ora abrogata dal comma 55 della riforma con effetto dal 2013. Ne beneficiano, da tale annualità, i collaboratori a progetto che abbiano operato in regime di monocommittenza, così come in passato, con reddito non superiore ad € 20.000 annui (come nel precedente regime), purché abbiano ricevuto l'accredito di almeno quattro mensilità presso la Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, l. n. 335/1995 (oggi ne è sufficiente una) ed abbiano avuto un periodo di disoccupazione - ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera c), d.lgs. n. 181/2000, e successive modificazioni - ininterrotto di almeno due mesi nell'anno precedente (come prima).

Va notato, peraltro, che la indennità ai collaboratori a progetto competerà esclusivamente nei limiti di un *plafond*, costituito dalle risorse di cui al menzionato art. 19, comma 1. Sul punto, è interessante notare come, in sede di esame parlamentare, la Commissione permanente Bilancio del Senato, abbia sottolineato «l'anomalia del conferimento di un diritto soggettivo subordinato ad un tetto di spesa».

Per quanto concerne gli apprendisti, si è anticipato che, dal 2013, anche a loro sarà estesa l'ASpI.

Per gli stessi dal 2009 operava una prestazione a carico degli enti bilaterali, prevista anch'essa dall'art. 19 d.l. n. 185/2008, purché l'interessato potesse vantare almeno 3 mesi presso l'azienda interessata dal trattamento; la prestazione, poi, era erogata per un massimo di 90 giornate lavorative. Non c'è dubbio che, rispetto al regime precedente, la riforma abbia segnato un avanzamento della posizione assicurativa degli apprendisti.

5. La scomparsa della mobilità; il principio di condizionalità; le politiche attive

Per completare il quadro delle previsioni in tema di tutele esterne al rapporto di lavoro, vanno esaminati tre distinti aspetti, apparentemente non legati da reciproco collegamento.

Si allude alla programmata, progressiva ed inesorabile scomparsa della mobilità, alla riaffermazione del principio di condizionalità ed alla debole versione delle politiche attive mantenuta dalla l. n. 92.

Tali scelte esprimono, in verità, nelle implicazioni più significative, il passaggio - come accennato - dallo Stato sociale alla compatibilità finanziaria quale canone ispiratore del sistema degli ammortizzatori sociali.

La *mobilità* viene, dal comma 46 dell'art.2, fortemente ridimensionata nella estensione temporale, in una fase transitoria fino al 2016. Attualmente, infatti, - a seconda della regione ove ha luogo lo stabilimento nel quale si soffre la contrazione del livello occupazionale e dell'età del lavoratore - la indennità di mobilità può essere percepita da un minimo di 12 ad un massimo di 48 mensilità; nel periodo dal 2013 al 2016 si arriverà a un massimo di 36 per il biennio 2013-2014 ed a 24 mesi nel 2016. Dal 2017 in poi, ovvero nella vigenza a regime della legge, la mobilità scomparirà del tutto, essendone prevista l'abrogazione dall'art. 2, comma 71, lettera b). Non è discutibile che tale eliminazione comporterà cospicui benefici per la tenuta dei conti pubblici; nulla, però, si prevede per perseguire quelle finalità di tutela del reddito, dei lavoratori rimasti disoccupati, che l'attuale istituto mira a soddisfare¹².

Quanto al *principio di condizionalità*, lo stesso, introdotto con l'art. 19, comma 10, del più volte citato d.l. n. 185/2008, si risolve nella imposizione di una serie di condizioni alla fruizione delle prestazioni di tutela, interna o esterna, al rapporto di lavoro e nella previsione, in caso di mancato adempimento delle condizioni stesse, di un regime sanzionatorio che può condurre alla decadenza del trattamento.

Nella versione propugnata dall'art. 4, commi da 40 a 44, della riforma, il condizionamento diviene particolarmente pesante.

Decade, infatti, da qualsiasi prestazione che riceva in conseguenza della disoccupazione, colui che rinunci, non solo a partecipare ad iniziative formative di politica attiva (art. 1, comma 2, lettera g), d.lgs. n. 181/2000, ma anche soltanto, eventualmente, ad un'offerta di lavoro che comporti la percezione di un livello retributivo superiore almeno del 20% rispetto all'importo lordo della indennità

¹² Non è questa la sede per discutere, in termini di politica economica e sociale, le scelte del legislatore, cosicché ci si limita a segnalare il mutamento della cornice ispiratrice della normativa in tema di ammortizzatori sociali. Al riguardo, può solo aggiungersi che, in particolare, l'abolizione dell'istituto della mobilità lunga, di cui all'art. 7, comma 6, l. n. 223/1991, unitamente alla scomparsa della pensione di vecchiaia decretata dalla l. n. 214/2011, le quali hanno fatto seguito, a loro volta, allo svuotamento del bacino dei lavoratori socialmente utili avviato con il d.lgs. n. 81/2000, rappresentano misure che, nel complesso, hanno smantellato un sistema di provvidenze che, da un lato, consentiva ai dipendenti di imprese in crisi di mantenere livelli di reddito sufficienti a tutela della dignità personale ed evitare lo scivolamento oltre la soglia di povertà e, dall'altro, garantiva efficaci meccanismi di *turn over* generazionale della manodopera.

cui ha diritto, purché collocata nei 50 km dalla residenza o raggiungibile normalmente in 80 minuti con i mezzi pubblici.

La previsione di una conseguenza sfavorevole così rigorosa, come la perdita dell'ammortizzatore e, quindi, la privazione della fonte di sostentamento, collegata alla rinuncia di una offerta di lavoro remunerata in misura inferiore all'equa retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. (tale potendo essere, in molti casi, la indennità ASpI, o la Cassa o la mobilità, aumentate solo fino al 20%), sembra presentare dubbi di legittimità costituzionale proprio in relazione al parametro del detto art. 36.

Un rigore simile, allora, sembra voler fungere da contrappeso alla debolezza delle politiche attive oggi in campo, anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 92.

Quei meccanismi di integrazione tra pubblico e privato nella formazione del lavoratore, di scambio di dati tra agenzie interinali e uffici del collocamento, di finalizzazione mirata delle iniziative formative, elementi che caratterizzano i più avanzati sistemi di *flexicurity* in altre esperienze europee, come Germania, Francia, Olanda, Austria e Danimarca¹³, appaiono oggi ancora carenti in Italia, dove con la Legge Fornero si è mantenuto essenzialmente intatto il sistema delle politiche attive di cui al d.lgs. n. 181. Il legislatore, allora, per perseguire quella "prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone" che enuncia come proprio obiettivo nel primo articolo della riforma, introduce uno stringente regime sanzionatorio a carico del lavoratore che rifiuti di ricollocarsi, anche se in una occupazione non retribuita in conformità al precetto costituzionale.

Anche tale linea di orientamento appare fortemente condizionata da esigenze di rigore nella spesa pubblica, risolvendosi in un tentativo di realizzare la "occupabilità" del disoccupato con sanzioni rigorose e non con investimenti nella formazione mirata, certamente più costosi.

6. Le tutele interne al rapporto di lavoro.

Un rilievo del tutto preminente è stato assegnato, nella trattazione, alle novità in tema di tutele esterne al rapporto di lavoro. Quelle interne, benché significative, infatti, non richiedono un'analisi altrettanto compiuta, essendo, sul punto, gli interventi della novella meno dirompenti, cosicché, allo stato attuale, ci si può limitare a semplici notazioni di sistema.

L'art. 3 l. n. 92, disegna un quadro imperniato su tre pilastri:

a) mantenimento della Cassa integrazione ordinaria e di quella straordinaria, con la eccezione, per quest'ultima, dell'applicazione, a regime, in caso di procedure concorsuali (in occasione delle quali non si potrà più fare ricorso alla CIGS);

b) generalizzazione della facoltà di ricorso alla Cassa in deroga (per la verità, la possibilità è riferita anche alla mobilità), per tutto il periodo dal 2013 al 2016; al riguardo provvedono i commi da 64 a 66;

¹³ Per una disamina dei quali si rinvia, tra gli altri, a P. Federighi *Analisi delle misure di flexicurity in alcuni contesti europei*, in www.aiel.it/bacheca, 2007; ISFOL, *Il punto su flessicurezza*, in www.lavoro.gov.it, 2007.

c) istituzione di Fondi bilaterali di solidarietà (commi da 4 a 16) per tutti i settori non coperti dalla normativa in materia di Cassa integrazione salariale.

In proposito, quanto alla previsione della generalizzazione della Cassa integrazione guadagni in deroga, non può sfuggire l'antinomia con la esigenza che (questa sì, non solo in modo dichiarato) ha ispirato la riforma. L'intervento in deroga, infatti, benché contenuto in un *plafond* (quello di cui all'art. 33, comma 21, l. n. 183/2011), immancabilmente comporta spese *extra ordinem*, la necessità di sostenere le quali, peraltro, appare molto più intensa proprio nel periodo di crisi congiunturale al quale si riferiscono i commi da 64 a 66.

Peraltro, proprio come intervento *extra ordinem*, la elevazione dello stesso a cardine del sistema, almeno nella fase transitoria, oltre ad esporsi a critiche in ordine al tasso di discrezionalità assegnato ai decisori politici, mette in discussione, ora sì, il carattere sistematico della normativa in tema di ammortizzatori sociali.

Quanto ai fondi bilaterali, il meccanismo ne prevede la costituzione per effetto di scelte dell'autonomia collettiva, ma nell'ambito di una cornice regolatrice affidata a decreti ministeriali.

I fondi, privi di personalità giuridica ai sensi del comma 11 dell'art. 3 ed istituiti in apposita gestione presso l'Inps, possono optare per la erogazione di prestazioni tra le seguenti tipologie:

a) assicurare ai lavoratori una tutela in caso di cessazione dal rapporto di lavoro, integrativa rispetto all'assicurazione sociale per l'impiego;

b) prevedere assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni;

c) contribuire al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'Unione europea.

L'esame della vicenda di tale "terzo pilastro" dovrà necessariamente essere rimandato alla futura elaborazione che le parti sociali porranno in essere.

Certamente, però, la dottrina ha già avuto modo di sottolineare come la obbligatorietà della partecipazione contrattuale contrasti con la tutela costituzionale della libertà sindacale e possa determinare la illegittimità della scelta, volta a una spoliazione coatta e irrazionale delle risorse private¹⁴, oltre tutto in carenza di indicazioni univoche, poiché uno spazio eccessivo è lasciato ai decreti ministeriali, che "determinano, sulla base degli accordi, l'ambito di applicazione del fondo, con riferimento al settore (...), alla natura giuridica dei datori di lavoro e alla classe di ampiezza".

¹⁴ A. Andreoni, *Integrazioni salariali e valori costituzionali nell'età del capitale "introverso"*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 367 ss.

VERSO UN FUTURO CHE SA DI ANTICO

di Umberto Romagnoli

1. In materia di lavoro, il governo Monti ha trovato il terreno, se non proprio spianato, fertilizzato nell'ultimo quarto di secolo dall'ideologia liberista secondo la quale non esiste una cosa chiamata società: esistono solo gli individui e i mercati.

In effetti, da quando la signora Thatcher in Occidente e il presidente Deng in Oriente decretarono che il "mio" è più importante del "nostro", la cultura dei diritti, e in particolare del diritto del lavoro come leva del cambiamento sociale di segno progressista, ha cominciato a vacillare e l'individualismo privatistico ha riguadagnato il primato che aveva perduto durante quello che Tony Judt chiamava "il lungo momento socialdemocratico" del secondo dopo-guerra in Europa.

Non sorprende quindi che l'attuale crisi economico-finanziaria di proporzioni planetarie sia giudicata dall'*establishment* come una imperdibile occasione per assolutizzare in maniera sacralizzante la dimensione mercatistica. Piuttosto, sorprende che si creda ancora che la fine dell'esperimento sovietico avesse determinato la definitiva scomparsa della lotta di classe e l'obsolescenza del relativo concetto. In realtà, è un retaggio del passato la lotta di classe che muoveva dal basso verso l'alto, quando il capitale era tutto e il lavoro niente. Questa, però, è soltanto la sua accezione storicamente ricevuta. Apportandovi i necessari aggiornamenti, come suggerisce Luciano Gallino, è lecito ricondurvi anche il tentativo che sta compiendo il capitale per modificare a proprio vantaggio gli equilibri di potere (accettati più per convenienza che per convinzione) raggiunti nelle democrazie di massa. Infatti, lo scontro in atto è una lotta di classe che – a differenza di quella che l'Europa della prima metà del '900 soppresse congedandosi dalla democrazia per riempirsi di fascismi – si dirige dall'alto verso il basso e si nutre di una cultura che raccoglie vasti consensi tra gli stessi perdenti. Nondimeno, il soggetto che conduce l'iniziativa conflittuale dimostra di avere interiorizzato la motivazione escatologico-catastrofista che connotava in senso classista il conflitto: la certezza che l'annientamento totale dell'avversario possa procurare soltanto vantaggi all'intera umanità.

2. Nella storia della civiltà giuridica europea il lavoro ha ottenuto riconoscimenti in termini di titolarità di diritti sociali che la storia della civiltà giuridica americana gli ha negato. Negli Stati Uniti – che pure hanno abolito la schiavitù, hanno abrogato il divieto di matrimoni inter-razziali e, più in generale, hanno sviluppato una legislazione anti-discriminatoria largamente imitata dall'Europa comunitaria – si pratica il culto dei diritti civili anche in materia di lavoro. In piena conformità, peraltro, con la lettera e lo spirito del *Bill of Rights* (i

primi dieci emendamenti della costituzione) che glorifica l'intraprendenza e mitizza come garanzia di libertà l'autonomia contrattuale degli individui, indipendentemente dalla loro posizione nella scala sociale. Secondo i padri fondatori della democrazia nord-americana, per essere liberi è sufficiente avere il diritto di essere tali.

Si sa quanto una visione del genere sia estranea alla cultura di cui sono figlie le costituzioni post-liberali dell'Europa occidentale. Per esse, come ha scritto Norberto Bobbio, "la vera libertà consiste non nell'astratta possibilità di fare, ma nel concreto potere" ed è per questo che assegnano allo Stato non solo la funzione di garantire l'inviolabilità delle situazioni soggettive di vantaggio, ma anche quella di promuoverne l'effettivo godimento. Ciononostante, gli USA detengono l'egemonia culturale anche in Europa. La cosa si spiega, ma è ugualmente stravagante, perché inalberare la bandiera dei diritti sociali dovrebbe avere, per gli europei, la stessa coerenza che ha, per gli americani, inalberare la bandiera dei diritti civili. Non è colpa degli europei se in America non è ancora nata la terza generazione dei diritti, dopo quelli politici e civili. È colpa loro, invece, se la dittatura dell'economia che sta cambiando il mondo non è un motivo sufficiente per mobilitare le energie necessarie per far sì che il diritto del lavoro si mantenga all'altezza della rivisitazione di cui è stato oggetto durante la fase della sua costituzionalizzazione e possa proseguirne le direttive di fondo.

In effetti, il costituzionalismo democratico dell'Occidente europeo, quand'anche non giunga ad elevare il lavoro al rango di un fondamento dello Stato, ne fa il passaporto per la cittadinanza. Nient'altro che questo è l'*acquis* che dovrebbe illuminare il segmento conclusivo del secolare itinerario intrapreso col passaggio dallo *status* al contratto di cui parlò per primo, nel tardo '800, Henry S. Maine nel suo ormai classico *Ancient law*. Curiosamente, la sua direzione di senso è traducibile graficamente in un contro-movimento che ha le caratteristiche di un ritorno allo *status*: non più di suddito, però; bensì di cittadino in una democrazia costituzionale. Per questo, l'esigibilità dei diritti sociali deve poter essere sganciata tanto dalla tipologia delle fonti istitutive dei rapporti mediante i quali avviene l'integrazione del lavoro nei processi produttivi quanto dalla stessa possibilità di porli in essere. Non a caso non è più un'eresia proporre di inserire il reddito di cittadinanza nel pacco-standard di beni e servizi che, materializzando la nozione di cittadinanza, rappresenta il denominatore comune dei vincoli di solidarietà da cui dipende la coesione sociale. È soltanto colpa degli europei, insomma, se non è mai stata presa sul serio la candidatura del lavoro a porsi come valore di riferimento di un modello di civiltà democratico alternativo a quello cui il capitale ha dato il suo *imprinting*.

Infatti, le loro resistenze all'aggressione dei mercati si sono rivelate meno estese e meno convinte di quanto si potesse immaginare. Diversamente, non sarebbe dato scorgere una traiettoria comune dei processi di cambiamento delle regole del lavoro nell'Unione Europea.

Dovunque, si è partiti dal divorzio tra dimensione privato-sociale e dimensione pubblico-statuale che sono storicamente le componenti costitutive del diritto del

lavoro *made in* Europa e, dovunque, si è arrivati ad “individualizzare” la condizione delle persone, per cui ciascuno deve ricercare da solo le risposte a problemi che pure sono condivisi dalla maggioranza della popolazione, e a rinfrancare il potere unilaterale di comando nella gestione e nella organizzazione del lavoro. Un potere che, mal sopportando il contro-potere sindacale, non appena ha potuto gli ha intimato lo sfratto e, adesso, scopre la sua avversione anche alla tutela giurisdizionale dei diritti che, sia pure in misura decrescente, malgrado tutto il lavoro continuerà a vedersi riconosciuti. Qua e là, infatti, emerge la tendenza a rimpicciolire e marginalizzare il ruolo del giudice nelle controversie di lavoro.

Per questo, a chi mi chiede di esporre riassuntivamente la mia opinione, rispondo che le cose si sono messe in modo da far pensare che, poiché la micro-discontinuità è la sua costante evolutiva, il diritto del lavoro sta morendo un poco alla volta, stremato da uno stillicidio di modifiche. Più o meno profonde, più o meno sanguinose. Come le *banderillas*. I *picadores* non infliggono ferite letali, ma il loro ingresso nell’arena segna egualmente l’inizio della fine. Del toro e della *fiesta*.

Se poi mi chiedono anche di graduare secondo una scala d’intensità da 1 a 10 le modifiche più incisive subite dal diritto sindacale e del lavoro nell’arco dell’ultimo quarto di secolo, non esito a collocare nei primi posti:

a) lo svuotamento del ruolo della contrattazione collettiva a livello nazionale alla quale la storia affidò il compito di soddisfare l’istanza egualitaria che percorre dalle origini il mondo del lavoro e che ora, invece, è insidiata dal sostegno dato dai pubblici poteri alla contrattazione periferica (aziendale e/o territoriale) la cui sfrenatezza fa impallidire il principio per cui ad eguale lavoro deve corrispondere parità di retribuzione e di diritti;

b) la tendenziale derogabilità di gran parte del diritto del contratto individuale del lavoro, ossia l’arretramento fino a sparire dell’interesse di rango superiore il cui presidio è stato la ragion d’essere di una disciplina eteronoma del rapporto di lavoro e, dunque, in una prospettiva a più lungo termine, la riabilitazione dell’autonomia contrattuale individuale da cui tutto cominciò in epoca risalente ed a cui tutto si vorrebbe restituire;

c) lo sciame dei contratti di lavoro di carattere prevalentemente precario ed il conseguente crepuscolo del contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato che per interi decenni ha funzionato da stella polare del diritto del lavoro, nonostante la ostilità delle codificazioni dell’età napoleonica il cui illuminismo le portava a vedere nella mancata apposizione di un termine finale del contratto la minaccia del rifeudalizzarsi dei rapporti sociali.

Come dire: le forze politiche che gestiscono la crisi adottano decisioni che in materia di lavoro preparano un futuro che sa di antico. Molto antico e anzi remoto. E ciò per svuotare di significato il fatto che il diritto del lavoro sia diventato maggiorenne allorché la sua originaria dimensione privato-sociale ha potuto coniugarsi con la dimensione pubblico-statuale in un regime di democrazia costituzionale. Quando, cioè, come scrisse Massimo D’Antona in uno

dei suoi ultimi saggi, “le garanzie dell’organizzazione e della lotta sindacale, il principio di tutela del lavoro nel rapporto contrattuale e le sue condizioni specifiche, come il giusto salario e la protezione della donna e dei minori, il diritto al lavoro e alla sicurezza sociale assumono per la prima volta evidenza assiologica e sostanza normativa sul piano costituzionale come parte di un compromesso politico, dal quale gli Stati europei ricaveranno da allora in poi un decisivo fattore di legittimazione”. Un compromesso che si tinge dei colori pennellati dagli autori delle costituzioni promulgate nella seconda metà del ‘900 con l’intento di comporre il nucleo costitutivo di quello che sarebbe stato definito “modello sociale europeo”.

Finché ha retto il compromesso, le crisi economiche che hanno interessato il diritto del lavoro nei paesi dell’Occidente europeo finivano per mostrarne l’attitudine ad essere più forte della crisi nella quale lo si faceva entrare per fare uscire dalla sua l’economia. Quest’ultima, anzi, che pure voleva assoggettarlo alle sue mutate esigenze nelle forme, nei termini e nei tempi desiderati, dava l’impressione di trovarsi nell’imbarazzante situazione di chi pretendesse di rimettere il dentifricio dentro il tubetto. Per questo, si poteva sostenere senza disagio, e semmai con un filo di ironia, che il diritto del lavoro sarebbe impensabile senza le crisi economiche: un autorevole giurista contemporaneo ha scritto che la crisi economica è lo scomodo, ma “historico compañero de viaje” del diritto del lavoro. In effetti, dato che le crisi del capitalismo novecentesco non riuscivano a travolgerlo, ci si era persuasi che il diritto del lavoro non fosse poi così fragile e ci si interrogava con fiducia sulla qualità delle risorse di cui disponeva. Il capitalismo, si diceva, ha bisogno di regole, anche del lavoro, per non fare (e farsi) del male; come un fiume ha bisogno di argini per non esondare.

Erano crisi che davano per scontata sia l’esistenza di un nesso di reciproca implicazione tra Stato-nazione e diritto del lavoro sia la convenienza di cercare rimedi attraverso il libero confronto e la mediazione dell’autorità politica. Erano crisi che finivano per celebrare l’apologia della vocazione del diritto del lavoro ad evitare l’estremizzazione dei conflitti, riducendo al minimo il rischio dei costi sociali. Erano crisi che presupponevano, e per certi aspetti rafforzavano, la legittimazione delle grandi centrali sindacali a rappresentare il lavoro nella sua totalità – anche se l’amore per la specie le induceva a perdere di vista il genere, nel senso che il lavoro seguiva ad essere inteso nella forma che l’industrialismo aveva inventato e le istituzioni della società industriale avevano brevettato per allevare intere generazioni, mentre la modernizzazione del tessuto economico-produttivo avrebbe obbligato a smettere di ritenere che soltanto il lavorare alle dipendenze di qualcuno sia il requisito per accedere a qualche forma di protezione.

Insomma, le trasformazioni del capitalismo con le quali, nel secondo dopoguerra, il lavoro e il suo diritto erano soliti confrontarsi generavano crisi capaci di scosse che, per quanto facessero oscillare paurosamente il pendolo dell’orologio, non erano violente al punto di modificare la posizione dell’orologio stesso.

3. La crisi attuale è radicalmente diversa.

Il centro di gravità del mondo economico-produttivo si è spostato verso l'Oriente asiatico; il più grande paese latino-americano non è più un gigante coricato: il Brasile si è rialzato e sta emulando i campioni di *windsurf*; dopo decenni di sofferta passività, i paesi dell'Est europeo si scoprono affamati e rivendicano anzitutto un posto a tavola. *Last but not least*, l'industria che prosperava nell'Occidente europeo, pur essendo ancora essenziale, ha perduto centralità a vantaggio del capitalismo finanziario ed ha imparato a prediligere non tanto le regole del mercato quanto piuttosto il mercato delle regole. Per questo, si delocalizza nei paesi dove il profitto è più attraente e più garantito dal basso costo del lavoro e da un ampio ventaglio di ulteriori fattori.

Come dire che la globalizzazione ha messo in contatto con l'opulenza dei paesi più sviluppati moltitudini di abitanti di paesi poveri, mettendo in cruda evidenza enormi squilibri per colmare i quali si è nei fatti avviato un colossale processo di redistribuzione della ricchezza; e dopo niente sarà come prima.

Sommandosi all'imponenza di inarrestabili flussi migratori dai paesi di antica povertà, ne costituisce una spia l'infittirsi di trattative sindacali truccate nelle aree dell'euro-zona nelle quali capitale e lavoro erano in precedenza sottoposti ad una coazione comune, perché i vincoli doganali e la separatezza dei mercati li costringevano a trovare forme di composizione dei loro contrasti d'interesse dentro i confini dello Stato-nazione. Ora non è più così e chi ci ha guadagnato, dall'allentarsi della fisicità dei legami dei processi economici col territorio, è il capitale. Il lavoro ci ha rimesso. Per lui la mobilità geografica evoca tuttora una parola dolorosa: emigrazione. Tutt'al contrario, la libera circolazione del capitale concede al medesimo la *chance* di dare seguito in ogni momento alla minaccia di andarsene altrove, se ciò gli conviene, e il terrore della disoccupazione predispone i lavoratori a subire il ricatto occupazionale.

Comunque, ciò che più sgomenta non è la prospettiva del formarsi di un nuovo equilibrio a livello globale che finirà per abbassare il livello medio di benessere collettivo. È l'indeterminatezza della durata del processo. Vero è che anche nei paesi di più recente industrializzazione si fanno e si faranno scioperi, si firmano e si firmeranno accordi, si chiedono e si otterranno diritti sia individuali che collettivi. Nel lungo periodo. E intanto?

La risposta non può essere univoca, perché le variabili specificità nazionali giocano un ruolo determinante. Così, quelle che contraddistinguono il nostro paese hanno provocato la nascita del governo Monti: ossia, la deriva della dialettica politica propria di una democrazia costituzionale ed il ritorno alla logica discendente dei rapporti tra governanti e governati. In alto si decide e in basso si esegue. In mezzo non c'è una rete di canali di comunicazione e di controllo diffuso: c'è soltanto una opinione pubblica dis-orientata da *mass-media* che trasmettono messaggi contrastanti, confusi, manipolati. Il più gettonato sembra essere quello che accredita l'idea del dittatore benevolo come terapia necessaria per risanare un sistema politico bloccato che contamina anche sindacati incapaci di svezzarsi dalla patria potestà dei partiti.

Il sintomo più recente dell'immaturità del sistema sindacale è la torsione applicativa che ha subito una norma dello statuto dei lavoratori infelicitemente riformulata dal responso di un improvvido referendum nel 1995. La norma dispone che può stare in fabbrica solo il sindacato firmatario del contratto collettivo che vi si applica. Sennonché, quando diviene irrilevante il fatto che un sindacato sia effettivamente rappresentativo e sia invece risolutivo il fatto che non abbia firmato un contratto aziendale per dissensi nel merito – come è accaduto alla Fiat – ciò vuol dire che la contrattazione collettiva si trasforma da fonte di legittimazione sostanziale del soggetto sindacale in un criterio di selezione dell'interlocutore preferito perché remissivo e accomodante. Vuol dire che la democrazia diventa un guscio vuoto dove i lavoratori possono essere espropriati del diritto alla rappresentanza sindacale di loro fiducia. Vuol dire che si è riaperta una vecchia ferita della stessa costituzione. In effetti, mai come adesso è dato valutare con precisione gli effetti dirompenti del processo di de-costituzionalizzazione del sistema sindacale. I padri costituenti volevano una legge ordinaria che si richiamasse ad una concezione bipolare del sindacato: quella che fa di lui un libero soggetto di diritto privato incaricato di rappresentare gli iscritti e, al tempo stesso, l'incaricato di una funzione di pubblica utilità. Viceversa, questo assetto dei rapporti tra Stato e sindacati non ha trovato attuazione in base ad un calcolo di convenienza condiviso, sia pure per motivi differenti, dall'intero movimento sindacale. Però, la inattuazione costituzionale era (per così dire) bilanciata da un surrogato che attenuava gli svantaggi procurati alla generalità dei lavoratori dalla lontananza della prassi sindacale dal modello prefigurato dall'Assemblea costituente: un tacito patto di unità d'azione tra le maggiori confederazioni che consentiva al sistema sindacale di stare *fuori* della costituzione senza necessariamente porsi *contro* di essa. Come dire che la scelta politica dell'unità d'azione sindacale assumeva un valore para-costituzionale. Ma il patto, che solidissimo non è mai stato, si è rotto; anche se l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 cerca di aggiustarlo con un cerotto d'incerta tenuta. In effetti, l'erosione dell'unità sindacale ha subito una violenta accelerazione durante i governi di Berlusconi e, sotto il consolato di Maurizio Sacconi, è arrivata alle estreme conseguenze con la complicità della ritrovata voglia di Cisl e Uil di fare una spregiudicata concorrenza alla Cgil. Infatti, da Pomigliano in poi si è prodotto il più lacerante sbrego del tessuto costituzionale. Così, una ferita che credevamo cicatrizzata si è riaperta. Cui se ne è aggiunta un'altra, d'inaudita gravità.

Uno dei tanti decreti anti-crisi, quello del ferragosto del 2011 poi convertito in legge, pone le condizioni per sovvertire il sistema delle fonti di produzione delle regole del lavoro. Con la lucidità e il cinismo di un Dottor Stranamore, il suo autore ne ha tratto più di uno spunto proprio dall'accordo interconfederale richiamato poc'anzi. Ne ha mutuato la logica, sia pure estremizzandola, e, sia pure sgangheratamente, il criterio-base che permette l'attribuzione di una efficacia vincolante nei confronti di tutto il personale interessato alla "contrattazione di prossimità". La logica è quella della valorizzazione della contrattazione di secondo livello ed il criterio-base consiste nel subordinarne

l'acquisto dell'additivo legale della vincolatività *erga omnes* alla circostanza che i singoli accordi siano "approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti" o "dalle rappresentanze sindacali aziendali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione". Ma l'estremizzazione consiste nel conferimento alla contrattazione "di prossimità" di una potestà derogatoria di (quasi) tutti gli *standard* protettivi fissati non solo dalla contrattazione nazionale, ma anche dalla legislazione, e nel generalizzarne l'esercizio, che viene consentito anche ad agenti negoziali provvisti di una rappresentatività misurata in ambiti territorialmente indefiniti, anche ridicolmente insignificanti. Infine, lo sbrego del sistema costituzionale e sindacale è completato dal comma graziosamente retroattivo che attribuisce ai contratti aziendali peggiorativi sottoscritti anteriormente all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 l'efficacia nei confronti di tutto il personale occupato a condizione che siano stati approvati attraverso consultazioni referendarie che, visto il contesto in cui si sono svolte quelle negli stabilimenti Fiat, certamente non sono certamente considerabili un sano esercizio di democrazia.

C'è chi dice che, ciononostante, non di ferita si tratterebbe, bensì di una superficiale escoriazione, e che in ogni caso sarebbe stata prontamente "sterilizzata". Lo dicono i firmatari dell'accordo del 28 giugno, là dove giurano che mai e poi mai daranno applicazione all'art. 8 del decreto di ferragosto. Attenzione: non hanno detto che la norma va cancellata; punto e basta. Infatti, è lo scheletro nell'armadio che il governo Monti ritiene utile conservare.

Come dire: a rischiare di essere "sterilizzata" è la stessa costituzione di una Repubblica che, pur essendo fondata sul lavoro, ammette la manomissione incontrollata dei suoi diritti.

Per questo, la emergenza economica non è diversa dalla emergenza democratica. Anzi, è la stessa cosa. Ecco allora perché la crisi attuale è destabilizzante: in conseguenza dell'uso che se ne sta facendo, spezza il rapporto d'interazione tra economia e democrazia su cui si è costruita la storia dell'Occidente nella seconda metà del '900. Infatti, il luogo comune secondo cui capitalismo e democrazia si appoggiano l'uno all'altra non è affatto rassicurante, perché il fatto che le economie capitalistiche prosperino maggiormente in condizioni di libertà è meno scontato di quanto ci piaccia pensare. In proposito, è sufficiente riandare all'esperienza storica di molti paesi. Essa ci dice che la libertà d'impresa, come può affermarsi in mancanza di istituzioni democratiche, così può conservarsi anche quando i regimi democratici vengono sostituiti da regimi che non lo sono. Pertanto, è insensato aspettarsi che il capitalismo sia di per sé un affidabile custode della democrazia. Si è visto infatti cosa sia in grado di fare: ritornare alla misurazione dei rapporti di forza senza schermi di protezione. Affinché vincano i più forti. E tra i più forti non può non esserci, adesso come in passato, chi dà e toglie il lavoro. Per questo, i governi di Spagna e Italia puntano al ripristino della licenza di licenziare: guidati più dall'istinto predatorio che da

una piena consapevolezza del loro agire, sono spudorati al punto di fare del decrepito istituto del recesso *ad nutum* il paradigma della modernizzazione. La spudoratezza del governo Monti è apparsa più evidente di quella del governo Rajoy solo perché ha richiesto una soluzione traumatizzante: la mutilazione del principio della reintegrabilità del lavoratore ingiustamente licenziato. C'è chi ha sostenuto e tuttora sostiene che fosse un principio di civiltà. Senza accorgersi, però, che, proprio per questo, era cresciuta la sua incompatibilità col nuovo corso dell'ordinamento del lavoro. Infatti, un capitalismo che – per tagliare i costi di produzione e riabilitare il potere unilaterale di comando nell'impresa – decentra, esternalizza, flessibilizza ha esattamente ciò che cerca: la legalizzazione dell'utilizzo del lavoro in prestito, a giornata, a ore, occasionale, "a progetto", para-subordinato e, il più delle volte, fraudolentemente autonomo. Pertanto, l'esodo dal diritto del lavoro del '900 ha imposto un prezzo: l'accettazione dell'idea che il lavoro sia una merce. Si dirà che non aveva mai cessato di essere tale. Ora, però, mercificazione non è più una parolaccia. Mentre certamente lo era per gli autori delle costituzioni post-liberali dell'Europa contemporanea.

4. Poiché la previsione che il diritto del lavoro sia destinato a smarrire la socialità via via acquisita è quella che incontra più consensi anche tra i giuristi che amano definirsi ragionevoli, a me viene in mente il vecchio aforisma: "è ragionevole chi si adatta al mondo ed è irragionevole chi si comporta come se toccasse al mondo adattarsi a lui; per questo, il progresso umano dipende dagli uomini irragionevoli".

Infatti, se negli ultimi cent'anni le condizioni di vita sono migliorate, qualche merito ce l'ha anche un diritto come quello del lavoro la cui cifra identitaria era per l'appunto la irragionevolezza, perché il suo proposito di educare il mondo delle imprese ad assumersi la responsabilità sociale che gli compete fu davvero una sfida al pensiero dominante.

Orbene, poiché tutto lascia presagire che l'esito della partita sia largamente predeciso, bisogna sparigliare le carte. Come nel gioco dello scopone. Non che lo spariglio sia necessariamente una mossa estemporanea. Tuttavia, di solito è la scelta di un giocatore in difficoltà.

Può darsi che spetti proprio ai giuristi del lavoro prendere l'iniziativa. Ma non nella veste (che tradizionalmente prediligono) di consiglieri del principe di turno – che peraltro non c'è più – bensì in quella (meno redditizia) di costruttori dell'ambiente culturale ove si elaborano le tecniche regolative che i decisori politici adotteranno.

Per tentare di rompere l'inerzia della partita, dicevo, devono sparigliare. Il che, peraltro, non richiede sforzi eccezionali. Basterebbe ricordarsi che "per vedere quello che abbiamo sotto il naso serve uno sforzo costante". Insomma, per elaborare la proposta di ridurre ad unità il lavoro disperso, frantumato, declinato al plurale è sufficiente prendere atto che esso è sempre eguale a se stesso, perché tuttora è (e resterà) ciò che non ha mai smesso (né smetterà) di essere: l'unica risorsa di cui dispone la stragrande maggioranza della popolazione per

guadagnarsi da vivere onestamente. Per questo, non si reinventa il lavoro facendone una componente della categoria dei beni comuni – comuni nel senso che l'interesse alle loro modalità d'uso ed allo scopo per cui sono usati è condiviso dall'intera collettività. Semplicemente, lo si riposiziona nella prospettiva meno distorta. Né mercantilistica né religiosa. È quella che permette la riunificazione del lavoro in quanto lo considera un bene che – come l'acqua, l'aria, l'ambiente – è economicamente valutabile e tuttavia appartiene ad una sfera distinta da (e superiore a) quella meramente individuale del suo compratore e del suo venditore.

D'altra parte, tra i beni catturabili con più facilità dalla logica del mercato il lavoro si distingue dagli altri essenzialmente perché non esiste se non come soggetto ed è per il suo tramite che si fa ascoltare. Difatti, non è entrato nella storia giuridica per farsi avvolgere nel *cellophane* delle categorie tecnico-concettuali del diritto dei contratti tra privati. Vi è entrato per invocare una speciale protezione contro la voracità del profitto. Anche se ciò non autorizza a dire che quello del lavoro sia un diritto che dal lavoro prende nome e ragione.

In realtà, non può essere *del* lavoro se non nella misura compatibile con la sua matrice compromissoria e quest'ultima esige che il diritto *del* lavoro sia, al tempo stesso, un diritto *sul* lavoro. Come dire che è strutturalmente ambiguo.

Infatti, pur essendo la versione giuridificata della critica di un assetto degli interessi squilibrato a vantaggio del capitale, la fa filtrare nell'ordine normativo con la cautela necessaria ad assicurare che la *pars construens* prevalga sulla *destruens* al punto di rilegittimare ciò che è oggetto di contestazione. Pertanto, la sistematica soccombenza della *pars destruens* della critica rispetto alla *construens* è il più sicuro indizio che il lavoro ha potuto sbucare dal buio della informalità, rompere un millenario silenzio e vedersi riconosciuta la facoltà di dire la sua a condizione di metabolizzare il divieto di alzare troppo la voce. Dopotutto, nessun padrone si siede al tavolo contrattuale per trattare la propria estinzione.

Il divieto che il lavoro non può trasgredire è stato compiutamente formalizzato soprattutto durante il fascismo mussoliniano e franchista che, con la Carta del lavoro del 1927 e il *Fuero del trabajo* del 1938, disegnò un contesto istituzionale che nega in radice la libertà sindacale e il conflitto sociale. Ma il divieto è senza tempo. Non a caso la tendenza a risolvere le ricorrenti crisi dell'economia prestando ascolto alle ragioni del capitale viene solitamente giustificata con l'argomento che in precedenza le ragioni del lavoro ne abbiano avuto anche troppo. Per questo, il diritto del lavoro si rimodella come creta nelle mani dello scultore. Secondo l'icastica rappresentazione che ne diede Gérard Lyon-Caen, "c'est Pénélope devenue juriste".

Bisogna riconoscere perciò che il divieto senza tempo che il lavoro non può trasgredire simboleggia una irriducibile subalternità del diritto che da lui prende nome.

E' senz'altro vero che, così, il lavoro esibisce la sua debolezza. Ma è sicuro che non gli conviene negarla, come è accaduto in Italia dove la scelta di privatizzare il diritto sindacale e del lavoro non ha mai nascosto un pregiudizio sfavorevole

all'intervento dello Stato. Infatti, se è vero che senza la libertà dei privati il lavoro si trova nella pratica impossibilità di modificare a proprio favore l'equilibrio del rapporto di forza col capitale, è altrettanto vero che la libertà dei privati da sola non basta per mettere in sicurezza le conquiste ottenute, farne un punto di non-ritorno ed insieme di ri-partenza. Come dire che il lavoro non può fare a meno del presidio che soltanto lo Stato è in grado di attrezzare, con le sue leggi ed i suoi apparati coercitivi e di controllo. Perché, per il lavoro, "meno Stato, più mercato" significa che la politica produrrà leggi al servizio del capitale.