

Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso

di Carla Ponterio

Con il decreto legislativo n. 23 del 2015 il legislatore ha elevato a regola la tutela indennitaria, prevedendo, in caso di accertata illegittimità del licenziamento per assenza di un giustificato motivo oggettivo, il pagamento a carico del datore di lavoro di un costo fisso e predeterminato. La restrizione delle tutele così attuata non impedisce, tuttavia, il ricorso ai principi generali di diritto civile, e in particolare alle categorie civilistiche della nullità, a fronte di licenziamenti che risultino pretestuosi e che segnino un abuso del potere riconosciuto a parte datoriale e causalmente vincolato alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo.

1. Le riforme al ribasso

Il disegno riformatore, di totale precarizzazione del lavoro, ha raggiunto, col *Jobs Act*, seconda parte, un traguardo imponente; ciò, specialmente, quanto alla disciplina dei licenziamenti “economici”.

Dopo la norma, definita «manifesto», dettata dall’art. 30 comma 1 della legge 183 del 2010, con cui si ribadivano, nonostante le pacifiche statuizioni normative in tal senso¹ e le conformi interpretazioni giurisprudenziali², i limiti del controllo giudiziale che «non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente», e dopo l’apertura, ad opera dell’articolo 8 della l. n. 148 del 2011, alla «contrattazione collettiva di prossimità» abilitata ad introdurre “specifiche intese” anche sulle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro» e «in deroga alle disposizioni di legge» e alle «regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro», il legislatore ha iniziato ad affrontare l’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, intervenendo in ma-

niera diretta ed incisiva a modificarne il contenuto. La legge n. 92 del 2012 ha apportato corposi mutamenti alla disposizione cardine del sistema di tutele in caso di licenziamento, riducendo le possibilità di reintegra del lavoratore nel posto di lavoro. Per ciò che concerne il licenziamento per ragioni economiche, il comma 7 dell’articolo 18, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, riserva la tutela reintegratoria attenuata, di cui al comma 4 del medesimo articolo (che il giudice “può” applicare) alle ipotesi di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», prevedendo una tutela solo indennitaria (nella misura stabilita dal comma 5) «nelle altre ipotesi in cui (il giudice) accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo».

La pretesa legislativa di sezionare la nozione di giustificato motivo oggettivo, normativamente espressa da «ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»³, in modo da enucleare un “fatto” che potesse apparire manifestamente insussistente e che fosse distinto dai restanti “estremi” del giustificato motivo, rivela,

1. Cfr. articolo 27 comma 3 e articolo 69 comma 3 decreto legislativo n. 276/2003.

2. Cfr. Cass., n. 7474/2012; Cass., n. 15157/2011; Cass., 24235/2010 e precedenti ivi richiamati.

3. Cfr. articolo 3 della legge n. 604 del 1966.

per la sua irrazionalità⁴, la matrice compromissoria alla base della disposizione in esame. E la assoluta varietà di interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali ne costituisce la inevitabile riprova.

Ad esempio, in una pronuncia di merito⁵ (non constano sentenze della Suprema corte sul punto), è stato qualificato come manifestamente insussistente il giustificato motivo oggettivo in ragione della «carenza originaria di elementi atti a giustificare il recesso ... ben nota e conosciuta o agevolmente conoscibile al datore di lavoro», con una evidente assimilazione al concetto riassunto nell'espressione «torto marcio»⁶, elaborato a proposito del insussistenza del fatto contestato nel licenziamento per giusta causa. In altra sentenza⁷ si è sostenuto come «il fatto addotto dal datore di lavoro come giustificato motivo oggettivo è “manifestamente insussistente” qualora esso non si sia verificato nella realtà (per esempio chiusura di un esercizio commerciale che continua ad operare). Se, invece, il fatto sussiste ma non assume dimensioni tali da integrare un giustificato motivo oggettivo si rientrerà nella tutela indennitaria».

Alcuni autori hanno rimarcato le difficoltà applicative della disposizione in esame sul rilievo che le «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» «o sussistono o non sussistono, essendo comunque implicita l'esigenza di nesso causale tra tali ragioni e il licenziamento intimato» con la conseguenza che «il carattere manifesto, o no, del giustificato motivo oggettivo finisce ... ineluttabilmente per evocare la valutazione delle risultanze probatorie di causa che

possono, in modo appunto più o meno evidente, mostrare l'insussistenza dell'allegato giustificato motivo oggettivo»⁸. Secondo il medesimo autore, la ricerca di una «connotazione sostanziale» della difficile distinzione dovrebbe ricercarsi nella «pretestuosità dell'allegazione datoriale»; più esattamente, «il giustificato motivo oggettivo “manifestamente insussistente” è quello che non ha nessuna consistenza e si atteggia a mero pretesto dell'intimato licenziamento. Insomma, lasciando aperta la porta alla tutela reintegratoria e non confinando ogni ipotesi di licenziamento economico nell'area della tutela indennitaria, si è voluto evitare che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, che accede alla tutela reintegratoria ove risulti l'«insussistenza del fatto» posto a fondamento del licenziamento, potesse essere strumentalmente prospettato come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, se in ogni caso ciò avesse escluso la tutela reintegratoria»⁹.

Col contratto a tutele crescenti introdotto nel 2015 il legislatore italiano completa il processo di smantellamento delle tutele e volta pagina, in maniera determinata, nella disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi, superando le esitazioni e le contraddizioni che avevano caratterizzato la riforma all'epoca del ministro Fornero.

Il mutamento di “paradigma”¹⁰ non è enunciato in maniera chiara nella legge n. 183 del 10 dicembre 2014 contenente «deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e

4. C. Ponterio, *Il licenziamento per motivi economici*, in e-book *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, a cura di F. Amato e R. Sanlorenzo.

5. Cfr. sentenza del giudice del lavoro presso il Tribunale di Reggio Calabria, emessa nel procedimento n. 767/2013.

6. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, in www.giappichelli.it/home/978-88-7524-210-7.7524210.asp.1, § 6.

7. Cfr. sentenza del giudice del lavoro presso il Tribunale di Roma, emessa nel procedimento n. 3480/2014. In tal caso, il giudice ha rilevato come il fatto posto a fondamento del licenziamento fosse «il sensibile calo di attività» e il conseguente «processo di riorganizzazione diretto ad una razionalizzazione delle risorse e al recupero di efficienza» che ha portato «all'accorpamento del reparto iscrizioni al reparto congressuale e la ridistribuzione tra il personale addetto al reparto congressuale delle mansioni e attività connesse alle iscrizioni» e come i testimoni escussi avessero confermato la diminuzione degli eventi organizzati dalla società (diminuzione quantomeno qualitativa in quanto i testimoni hanno affermato che gli eventi non più organizzati per importanza non sono stati sostituiti da altri eventi di minore rilevanza) e l'esistenza di una riorganizzazione che ha visto la distribuzione agli altri colleghi delle funzioni ricoperte dalla ricorrente; ha conseguentemente escluso che ricorresse l'insussistenza dei fatti indicati nella lettera di recesso e ritenuto, invece, la inidoneità dei medesimi ad integrare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

8. G. Amoroso, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*, SSM corso P.15023, pag. 15.

9. G. Amoroso, op. cit., pag. 15, ove è specificato inoltre come «nella nozione di fatto rientri anche la non ricollocabilità del lavoratore in altro posto in azienda (c.d. *repêchage*, affermato dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 3 cit. e che può essere ribadito anche nel nuovo contesto normativo)».

10. A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 4 e ss.

dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro». In un'ottica prettamente promozionale, tesa a propagandare una espansione delle misure di sostegno all'occupazione, al reddito, al lavoro compatibile con gli impegni familiari, e a tacere sugli aspetti riduttivi, la legge delega non include, nel titolo, alcun accenno alla disciplina dei licenziamenti.

Anche il comma 7 dell'articolo 1, nelle premesse alla formulazione dei principi e criteri direttivi, si limita ad annunciare lo scopo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo», senza far presagire gli interventi, assai incisivi, descritti nella lettera c).

Quest'ultima, in scarsa coerenza con l'art. 76 della Costituzione, che esigerebbe «principi e criteri direttivi» laddove la disposizione in esame sembra delinere l'oggetto stesso della normativa delegata, introduce la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

La definizione di contratto “a tutele crescenti” risente, probabilmente, dei precedenti disegni di legge¹¹, tra cui quello n. 2000, presentato d'iniziativa di alcuni senatori il 5 febbraio 2010, sul contratto unico di ingresso, ispirato al progetto degli economisti Tito Boeri e Pietro Garibaldi e caratterizzato da un meccanismo di tutela progressiva della stabilità, con applicazione, all'esito della fase di ingresso, di durata non superiore a tre anni, della disciplina, all'epoca dettata dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, in materia di licenziamento individuale.

È pacifico che la regolamentazione di cui al decreto legislativo n. 23 del 2015 non contempli alcuna progressione delle tutele, che restano anzi rigide ed immutate, aumentando unicamente, ed inevitabilmente, l'anzianità di servizio dei lavoratori, eletta a parametro moltiplicatore dell'indennizzo. L'ottica promozionale

ha forzato la mano del legislatore, delegante e delegato, fino a consentire l'impiego di termini suggestivi di un sistema a tappe migliorative di tutela, in realtà non introdotto. Improprio è, per la verità, anche l'uso del termine “contratto” in quanto, come unanimemente riconosciuto dalla dottrina giuslavoristica, il decreto legislativo in esame non ha aggiunto alcun nuovo tipo contrattuale a quelli già esistenti ma è intervenuto modificando la disciplina dei licenziamenti nei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato.

Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato che operai, impiegati e quadri hanno concluso o concluderanno in epoca successiva al 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 23, sarà regolato secondo le norme finora vigenti in tutti gli aspetti (salve le modifiche apportate dai successivi decreti legislativi in materia di mansioni e controlli a distanza), e sarà disciplinato dal decreto in esame unicamente per quanto attiene al licenziamento, individuale e collettivo.

L'*escamotage* insito nel ricorso alla definizione di “contratto a tutele crescenti” ha permesso al legislatore di non toccare e, persino, di non citare l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, benché lo stesso fosse obiettivo primario delle modifiche apportate. Contrariamente a quanto accaduto con la legge n. 92 del 2012, che ha direttamente modificato la norma, con effetto sui licenziamenti intimati in epoca successiva alla data di entrata in vigore della legge, il decreto legislativo del 2015 ha riservato le novità peggiorative al futuro, ai nuovi assunti, lasciando in vita l'articolo 18 fino al suo esaurimento naturale, fintanto che non si estingueranno tutti i rapporti di lavoro a tempo indeterminato instaurati prima del 7 marzo 2015. E se è vero che in tal modo il legislatore delegato ha salvaguardato il trattamento di miglior favore riconosciuto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015, ciò ha fatto portando alle estreme conseguenze l'*escamotage* legato alla (non vera) introduzione di un nuovo contratto, con un'operazione di dubbia razionalità giuridica e con l'effetto di una grave «rottura del principio di uguaglianza e solidarietà nei luoghi di lavoro, con una strutturale divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo a seconda della data di assunzione del lavoratore, che segna una vertiginosa regressione ad un particolarismo giuridico premoderno, dove la frantumazione degli statuti protettivi del lavoro subordinato avviene seguendo linee del tutto estrinseche rispetto alla natura della prestazione dedotta nel contratto»¹².

11. Cfr. progetto di legge n. 263/2009 sul contratto unico d'inserimento formativo.

12. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, Working Papers CSDLE “Massimo D'Antona”. IT – 246/2015. Cfr. anche C. Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, SSM, corso P-15023.

2. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

La norma cardine del decreto legislativo n. 23 del 2015 è l'articolo 3 che detta le conseguenze in caso di licenziamento per giustificato motivo e giusta causa disponendo: «salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

Il comma 2 dell'articolo 3 contempla un'ulteriore possibilità di reintegra (al di là di quelle previste dall'articolo 2 per il licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale) ma «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa». Per il licenziamento per motivo oggettivo che risulti illegittimo non è prevista quindi altra forma di tutela che quella indennitaria. Questa diventa la regola, unica ed insostituibile, ove siano in gioco valutazioni datoriali su «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

Sebbene abbia lasciato intatte quasi tutte le previsioni della legge n. 604 del 1966 e, tra queste, l'articolo 1 che richiede il giustificato motivo quale presupposto di legittimità del recesso, l'articolo 3 che definisce la nozione di giustificato motivo (oggettivo), l'articolo 5 che addossa al datore di lavoro l'onere probatorio, il legislatore del 2015 ha decisamente ceduto al “nuovo paradigma” abbinando alla violazione di quei precetti, che ha mantenuto come formalmente inderogabili, un costo monetario, per giunta fisso e predeterminato. E ciò, per i licenziamenti economici, in maniera assoluta e senza residui spazi per forme di tutela reintegratoria.

Contrariamente alla legge n. 92 del 2012, che, non è chiaro quanto consapevolmente, aveva finito per ampliare lo spazio di discrezionalità interpretativa

del giudice, rimettendo al medesimo, nel comma 7 dell'articolo 18 e attraverso l'uso dell'espressione verbale “può”, la scelta se applicare o meno la disciplina del comma 4, quindi la tutela reintegratoria (attenuata), nel caso in cui avesse accertato la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il decreto legislativo del 2015 rivela tutta la sottostante preoccupazione di limitare e contenere la discrezionalità giudiziaria nell'interpretazione ed applicazione delle norme, al punto da escludere in radice ogni spazio valutativo, anche solo ai fini della determinazione dell'indennità. Difatti, mentre la legge Fornero fissa limiti minimi e massimi per l'indennità risarcitoria lasciando al giudice il potere di individuare il quantum in relazione alle specifiche fattispecie e limitandosi a dettare parametri atti a guidare la discrezionalità giudiziaria (che avrebbe dovuto esercitarsi tenuto conto dell'anzianità del lavoratore, del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti)¹³, il decreto n. 23 opta per un indennizzo predeterminato in misura fissa, anche quanto al computo per le frazioni di anno¹⁴, sì da lasciare spazio solo a meri calcoli aritmetici.

Rincorrendo l'obiettivo di rendere l'esercizio del potere datoriale, specie ove siano addotte ragioni economiche, idoneo a provocare l'estinzione del rapporto di lavoro col pagamento, in caso di accertata illegittimità, di un costo monetario e di evitare intralci anche processuali all'impresa, rendendo pure marginale il ruolo delle organizzazioni sindacali¹⁵, il decreto legislativo del 2015 ha eliminato il tentativo preventivo obbligatorio di conciliazione introdotto dalla legge n. 92 del 2012 unicamente per il licenziamento per motivo oggettivo¹⁶ ed ha introdotto una diversa misura, valida per tutti i tipi di licenziamento, con finalità di deflazione del contenzioso: l'offerta conciliativa. In base all'articolo 6, in caso di licenziamento, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, «un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rap-

13. Articolo 18 comma 5, a cui fa espresso rinvio il comma 7, della legge 92 del 2012.

14. Articolo 8 decreto legislativo n. 23 del 2015.

15. L'articolo 3 comma 2 decreto legislativo n. 23 del 2015 ha eliminato il riferimento al tipo di sanzione prevista dai contratti collettivi, contenuto invece nell'articolo 18 comma 4 legge n. 92 del 2012. L'articolo 9 comma 2 ha esteso la disciplina dettata dal decreto n. 23 alle organizzazioni di tendenza.

16. La legge n. 92 del 2012 ha modificato sul punto l'articolo 7 della legge n. 604 del 1966.

porto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare». È stabilito che l'accettazione dell'assegno nelle sedi specificamente indicate comporti l'estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione dello stesso, anche ove già proposta.

L'offerta conciliativa è congegnata in maniera da essere difficilmente rifiutabile da parte del lavoratore. L'importo netto di una mensilità per ciascun anno di servizio, in quanto non assoggettato ad imposta, sarà non distante dalla somma a cui il lavoratore può aspirare in caso di pronuncia favorevole. Aderendo all'offerta, il lavoratore potrà ricevere il denaro in tempi molto rapidi senza dover affrontare le lungaggini di un processo, non più sottoposto al rito Fornero¹⁷ e quindi necessariamente meno celere, e senza correre il rischio, in caso di soccombenza, di una salata condanna alle spese di lite¹⁸.

Se da più parti si dubita della conformità costituzionale e comunitaria della indennità come prevista dall'articolo 3 comma 1 del decreto legislativo n. 23 del 2015, in quanto inadeguato deterrente¹⁹, i dubbi devono essere moltiplicati se si pone mente all'entità dell'offerta conciliativa.

3. Il licenziamento arbitrario e pretestuoso

La ferrea esclusione della tutela reintegratoria per i licenziamenti economici individuali sembra chiudere definitivamente il cerchio e consegnare nelle mani del datore di lavoro un potere che, ove anche illegittimamente esercitato, non solo per difetto degli estremi del giustificato motivo oggettivo ma anche per mancanza, in radice, di qualsiasi ragione inerente all'attività produttiva, alla organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, è comunque, e in modo incontrastato, idoneo a determinare l'estinzione del rapporto di lavoro.

L'impianto costruito dal legislatore del 2015 solle-

cita, tuttavia, alcune riflessioni di ordine sistematico che, pur nel mutato quadro normativo, potrebbero aprire spazi di tutela ulteriore.

Occorre, anzitutto, rettificare il metodo interpretativo utilizzato prima della riforma Fornero che, nella pratica giudiziaria, si risolveva nell'accertamento, con onere probatorio a carico di parte datoriale, della esistenza o meno di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento, essendo questo il confine tra la legittimità e l'illegittimità della decisione datoriale, quest'ultima sanzionata, in regime di tutela reale, sempre con la reintegra nel posto di lavoro. Nel contesto normativo antecedente alla legge n. 92 del 2012 non vi era esigenza di indagare sulla misura, sul contenuto o sui motivi della insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo derivando da essa, in ogni caso, la medesima forma di tutela. Impianto che in parte spiega, ma non giustifica, la scarsa elaborazione giurisprudenziale sul tema dei licenziamenti discriminatori.

La legge Fornero ha, per prima, imposto un diverso metodo di indagine sulla legittimità dei licenziamenti, che presuppone un complesso frazionamento ed una graduazione tra i livelli di insussistenza della giusta causa e del giustificato motivo. Ciò ha costretto l'interprete a modificare gli schemi di valutazione e a spingersi, inevitabilmente, nella sfera dei motivi, contraltare della manifesta insussistenza di fatti, pure formalmente adottati nell'esercizio del potere imprenditoriale a giustificazione della decisione di recesso.

Il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha proseguito sui medesimi binari ma, al fine di realizzare l'obiettivo, fissato dalla legge delega, di escludere la reintegra per i licenziamenti economici, ha eliminato i plurimi livelli di insussistenza del giustificato motivo oggettivo e le plurime corrispondenti forme di tutela (previste dalla legge n. 92 del 2012) ed ha semplificato e incanalato l'esercizio del potere datoriale di recesso, in assenza dei presupposti di cui all'articolo 3 della legge n. 604 del 1966, in un'unica previsione formulata attraverso il riferimento alla mancanza degli "estremi" del giustificato motivo oggettivo, ad essa collegando la tutela esclusivamente indennitaria.

17. L'articolo 12 del decreto legislativo n. 23 del 2015 stabilisce: ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012.

18. Cfr. articolo 13 decreto legge n. 132 del 2014, convertito in legge n. 162 del 2014, che ha modificato l'articolo 92 cpc.

19. S. Giubboni, op. cit., pag. 21, 22 secondo cui: «L'offesa a quei principi costituzionali è piuttosto recata da una tutela che, anche ove possa legittimamente esaurirsi tutta dentro una logica puramente monetaria, è del tutto inadeguata a garantire, non si dice una efficacia sanzionatoria e dissuasiva nei confronti del recesso datoriale illegittimo, ma almeno una minima effettività risarcitoria. L'indennità prevista dal decreto legislativo non soddisfa certamente – quantomeno per i lavoratori con minore anzianità – un tale requisito minimo di effettività, situandosi largamente al di sotto degli *standard* minimi previsti dalle fonti internazionali e sovranazionali. Il parametro più esigente e significativo – rilevante come norma interposta ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – è al riguardo senz'altro quello offerto dall'art. 24 del nuovo testo della Carta sociale europea, per il quale è possibile fare affidamento su una consolidata stratificazione di indirizzi interpretativi da parte del comitato di esperti indipendenti».

Rispetto all'articolo 18 comma 7 come modificato dalla legge n. 92 del 2012, che contempla distintamente la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (sanzionata con la reintegra) e le altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo (sanzionate col pagamento di una indennità), il decreto legislativo del 2015 prende in considerazione e disciplina solo la seconda categoria e pretende, tacendo sulla prima, di sostanzialmente abolirla.

Pretesa che appare quantomeno ardua, posto che non è pacificamente sufficiente omettere una previsione per sopprimere i fatti sottostanti alla stessa e, tantomeno, per eludere intere costruzioni giuridiche.

Ora, considerato che la fattispecie di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (articolo 18 comma 7 legge 92 del 2012) appare sostanzialmente riconducibile alla categoria del licenziamento pretestuoso²⁰, in cui il motivo oggettivo non ha nessuna consistenza ma è adoperato quale mero pretesto per provocare l'estinzione del rapporto di lavoro²¹, occorre domandarsi se, a seguito della riforma del 2015, il licenziamento arbitrario o pretestuoso debba considerarsi ormai inglobato nella previsione dell'articolo 3 comma 1 del decreto legislativo ed esattamente nella mancanza degli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo oppure se residui ancora uno spazio autonomo di configurabilità del medesimo, con relativa automa tutela. Tale possibilità passa, necessariamente, attraverso l'utilizzo della categoria della nullità civilistica.

A proposito di nullità, il decreto legislativo n. 23 del 2015 contiene una previsione diversa rispetto a quella introdotta dalla legge Fornero, in quanto fa riferimento, nell'articolo 2, alla nullità del licenziamento (perché discriminatorio o) perché riconducibile «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» e non contiene alcun espresso rinvio all'articolo 1345 cc concernente il motivo illecito determinante.

La pretesa di alcuni autori di una interpretazione restrittiva, incentrata sulla portata dell'avverbio

“espressamente” e volta a includere nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23 solo le ipotesi in cui la nullità del licenziamento sia oggetto di specifica e espressa previsione, appare non sostenibile, sia perché la disciplina speciale non può determinare una deroga ai principi generali di diritto civile, espressi dagli articoli 1418, 1343, 1345 ecc. cc, e sia perché essa finirebbe per produrre l'effetto, non giustificabile dal punto di vista né letterale né sistematico, di “estendere il campo di applicazione relativo al rimedio indennitario – che attiene ai -casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa – (art. 3 co 1) – ai casi di licenziamento nullo non – espressamente – previsti dalla legge (secondo quanto dispone l'articolo 2 co 1)”²². La prevalente dottrina ha riconosciuto la necessità di invocare i vizi propri della nullità civilistica in relazione a fattispecie non riconducibili alla mancanza di giustificazione del licenziamento ai sensi dell'articolo 3 comma 1 decreto legislativo n. 23 del 2015 ma «caratterizzate da una diversa categoria di disvalore giuridico»²³ e riconducibili alla contrarietà a norme imperative (articolo 1418 cc), alla illiceità della causa (articolo 1343 cc), alla illiceità del motivo (articolo 1345 cc) o alla elusione di norme imperative sotto forma di frode alla legge (articolo 1344 cc). Non vi è dubbio che la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1343, 1344 e 1345 del codice civile, norme pacificamente imperative, sia sanzionata dalla nullità in ragione della previsione in tal senso ad opera dell'articolo 1418 cc. Dovrebbero qualificarsi nulli, secondo lo schema appena descritto, ad esempio, i licenziamenti intimati a causa del trasferimento d'azienda perché posti in essere in violazione della norma imperativa di cui all'articolo 2112 cc, sebbene quest'ultimo non commini “espressamente” la sanzione della nullità; ancora, il licenziamento per superamento del periodo di comporta ove tale causale si riveli insussistente, ricorrendo la violazione della norma imperativa di cui all'articolo 2110 cc²⁴. In questi casi dovrà trovare

20. Amoroso, op. cit., pag. 15.

21. La nozione giurisprudenziale di licenziamento arbitrario o pretestuoso, distinta da quella di licenziamento discriminatorio o ritorsivo, è stata elaborata principalmente in relazione al licenziamento dei dirigenti e al fine di tracciare un confine rispetto alla “giustificatezza” del recesso datoriale. Secondo Cass., 14604/2001, il licenziamento arbitrario è quello «non sorretto da alcun motivo ... ovvero sorretto da un motivo che si dimostri pretestuoso e quindi non corrispondente alla realtà, di talché la sua ragione debba essere rinvenuta unicamente nell'intento di liberarsi della persona del dirigente e non in quello di perseguire il legittimo esercizio del potere riservato all'imprenditore».

22. A. Perulli, op. cit., pag. 40.

23. A. Perulli, op. cit., pag. 40.

24. Cfr. Perulli, op. cit., pag. 41, 42; C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, pag. 18, 19.

applicazione la tutela reale di diritto comune di cui all'articolo 18 comma 1 L. 300/1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012.

Sulla base di tali premesse occorre, ora, indagare sulla qualificazione, e sulle conseguenze in termini di tutela, di un licenziamento, formalmente intimato per le ragioni enunciate dall'articolo 3 della legge n. 604 del 1966 ove però queste risultino, non tanto inidonee ad integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo, quanto completamente insussistenti, al punto tale da palesare un esercizio arbitrario e pretestuoso del potere datoriale (ed esclusi i motivi discriminatori o di rappresaglia in quanto oggetto di specifica previsione nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23). Non è in contestazione che il potere datoriale di recesso abbia natura causale, sia cioè riconosciuto al datore di lavoro e dal medesimo esercitabile solo ed esclusivamente in presenza di ragioni giustificative normativamente individuate attraverso le categorie della giusta causa e del giustificato motivo, dandosi altrimenti un licenziamento *ad nutum*, non compatibile con i principi costituzionali e comunitari²⁵. Se, difatti, si ampliasse a tal punto la fattispecie di mancanza degli estremi del giustificato motivo oggettivo fino a comprendere i casi di totale assenza di ragioni economiche, nella consapevolezza di ciò da parte datoriale, si ripristinerebbe nella sostanza un regime di libera recedibilità, analogo a quello introdotto nel 1942 dall'articolo 2118 cc. Ove le causali giustificative fossero rese così evanescenti da doversi applicare la tutela indennitaria, di cui all'articolo 3 comma 1 decreto legislativo n. 23, anche nei casi in cui del giustificato motivo oggettivo non vi fosse neanche l'ombra, mancasse cioè il nucleo fondativo, non si riuscirebbe a tracciare alcuna seria differenza di tutela tra il licenziamento illegittimo di cui all'articolo 3 decreto legislativo n. 23 con obbligo di pagamento dell'indennizzo predeterminato e il libero recesso dal contratto a tempo indeterminato con obbligo di pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Ove il licenziamento risultasse intimato per un motivo oggettivo del tutto inesistente, costruito ad arte (in assenza di fattori di discriminazione o di nullità espressa), e risultasse provato, con onere a carico del lavoratore, ad esempio, l'interesse dell'imprendi-

tore ad assumere una specifica persona (per amicizia o per ricambiare un favore) al posto del dipendente in forza, si sarebbe di fronte ad un uso distorto del potere datoriale di recesso, azionato per una causa diversa da quella consentita da norme imperative, che esigono la ricorrenza di un giustificato motivo oggettivo. In una simile fattispecie potrebbe prospettarsi un vizio di nullità di cui all'articolo 1343 cc sul rilievo dell'essere la causa concreta dell'atto di recesso, la funzione giuridica del medesimo, contraria alla norma imperativa di cui all'articolo 3 della legge 604 del 1966²⁶.

In una recente pronuncia, il giudice del lavoro del Tribunale di Trento²⁷ (proc. n. 37 del 2015) ha dichiarato la nullità, ai sensi degli articoli 1343 e 1345 cc, di un licenziamento intimato per apparente giustificato motivo oggettivo ed ha definito "arbitrario" il recesso datoriale «... determinato unicamente dalla finalità di espellere il lavoratore dal contesto lavorativo senza che vi siano, neppure nelle originarie convinzioni del datore, ragioni giustificative, né di ordine oggettivo, né di natura soggettiva». Ha inoltre sottolineato come «nell'ambito del licenziamento causale (che riguarda la pressoché generalità dei rapporti di lavoro subordinato) lo scopo tipico del recesso (la sua causa astratta) consiste non già nella mera estinzione del rapporto di lavoro, ma nel suo scioglimento in presenza di ragioni o tecnico - produttivo - organizzative (oggettive) o disciplinari (soggettive)» e che «quindi la discrezionalità del datore di lavoro si deve esplicare sempre in coerenza con la causa del negozio di recesso, di talché il lavoratore può eccepire in sede giurisdizionale la nullità del recesso, allegando e provando la contraddizione tra scopo tipico del recesso (la causa propriamente detta o causa astratta ex art. 1325 n. 2 cc), da un lato, e lo scopo del singolo recesso (la cd causa in concreto, secondo la nozione ormai consolidata in dottrina) nonché l'intento soggettivo dell'autore (il motivo), dall'altro».

Alcuni autori hanno fatto leva, ai fini della nullità, sulla categoria della frode alla legge rilevando, ad esempio, come «il licenziamento dichiarato oggettivo dal datore di lavoro, ma che emerga non essere ontologicamente tale, potrà essere riqualificato in termini di atto elusivo di una norma imperativa quale l'arti-

25. Cfr. articoli 2, 3, 4, 35, della Costituzione. Articolo 30 Carta diritti fondamentali dell'Ue secondo cui «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Articolo 24 Carta sociale europea che stabilisce: «per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti si impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

26. C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs n. 23 del 2015*, in *Studi in onore di Raffele De Luca Tamajo*, pag. 21, 22.

27. Ordinanza emessa ai sensi dell'articolo 1 comma 49 della legge n. 92 del 2012 nel procedimento n. 37 del 2015.

colo 3 comma 2 d.lgs n. 23 del 2015»²⁸. Al riguardo, tenuto conto della previsione della tutela reintegratoria, in caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, solo ove si accerti la «insussistenza del fatto materiale contestato», l'intento elusivo sembra potersi ravvisare rispetto al rischio di applicazione della tutela reintegratoria. In altre parole, la frode alla legge potrebbe configurarsi ove il licenziamento risultasse intimato per motivo oggettivo inesistente, al fine di evitare la contestazione di un fatto di inadempimento e con esso, anche in ragione dei dubbi interpretativi mai sopiti, il rischio di reintegra del lavoratore.

Si arriverebbe, seguendo tali sollecitazioni, a delinere due tipologie di vizi dei licenziamenti intimati per motivo oggettivo e due diversi livelli di tutela: da un lato, si configurerebbe l'illegittimità del licenziamento, con conseguente tutela solo indennitaria, ove il datore di lavoro, onerato della prova, non riuscisse a dimostrare la sussistenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo; dall'altro lato opererebbe la nullità, ai sensi degli articoli 1418, 1343, 1344 o 1345 cc, qualora il lavoratore, onerato in tal caso della prova, fosse in grado di dimostrare, unitamente alla totale insussistenza della ragione economica addotta a base del licenziamento, l'uso distorto del potere di recesso da parte datoriale.

Si ripristinerebbe, in tal modo, non solo la compatibilità del decreto legislativo in esame con le norme imperative del diritto civile, ma anche una logica e necessaria simmetria, di ordine sistematico, rispetto alla disciplina dettata a proposito del licenziamento intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

E se è vero che l'articolo 3 comma 2 del decreto legislativo n. 23 prevede per l'ipotesi di «insussistenza

del fatto materiale contestato», che altro non è se un licenziamento pretestuoso, l'annullamento, espressione che evoca la categoria della illegittimità, è altrettanto vero che la medesima disposizione sanziona l'atto datoriale con l'obbligo di reintegra, in maniera analoga a quanto previsto per i casi di nullità di cui all'articolo 2, definisce l'indennità come «risarcitoria» ed addossa l'onere probatorio, seppure con una formulazione non chiara, al lavoratore.

In un sistema, come quello introdotto dal decreto legislativo n. 23 del 2015, che ha elevato a regola la tutela indennitaria, riservando quella reintegratoria a specifiche e limitate ipotesi, il diritto del lavoratore, pacificamente assistito da garanzia costituzionale²⁹, di non subire un licenziamento arbitrario non pare possa altrimenti essere salvaguardato se non riportando nell'alveo delle nullità civilistiche, di volta in volta integranti l'illiceità della causa, dei motivi o la frode alla legge, l'uso distorto del potere datoriale di recesso, l'abuso di tale potere, i vizi derivanti dalla esternazione, in mala fede, di un motivo pretestuoso, i casi cioè di recesso «occulto».

Non si tratta di far rivivere, anche per il licenziamento dei nuovi assunti, la legge Fornero e, per quanto riguarda il giustificato motivo oggettivo, la disposizioni dell'art. 18 comma 7 di detta legge, ma di riconoscere come il Jobs Act, che pure ha del tutto escluso la reintegra per i licenziamenti intimati per motivo oggettivo, non abbia tuttavia la forza giuridica di eliminare «la possibilità di una diversa qualificazione giudiziale dell'atto di recesso»³⁰, in base ai principi generali di diritto civile. È, adesso, a questa branca del diritto che i giuristi del lavoro guardano per cercare di ricostruire tutele per i lavoratori laddove la legislazione spregiudicata degli ultimi anni sembra aver fatto piazza pulita.

28. C. Zoli, op. cit., pag. 23.

29. Cfr. Sentenze Corte costituzionale n. 451/00; n. 189/80.

30. A. Perulli, op. cit., pag. 44.