



La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 190/2013

Valerio Speziale 2013
Facoltà di Economia – Università di Chieti-Pescara
valeriospeziale@libero.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza^α

Valerio Speciale
Università di Chieti-Pescara

| | |
|---|----|
| 1. Riforma dei licenziamenti, «tirannia dei valori economici» e crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro. | 2 |
| 2. Rigidità/flessibilità delle regole in tema di recesso ed efficienza economica. | 10 |
| 3. La nuova disciplina dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori alla luce della giurisprudenza. L'ambito dell'indagine..... | 18 |
| 4. La tesi della parziale identificazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio..... | 19 |
| 5. Il «fatto materiale» o il «fatto giuridico» nel licenziamento disciplinare..... | 20 |
| 6. Il licenziamento disciplinare. | 24 |
| 7. Il licenziamento economico.. | 34 |
| 8. I vizi formali e di procedura nel licenziamento disciplinare. | 44 |
| 9. Le violazioni procedurali nel licenziamento economico..... | 44 |
| 10. Il lavoro pubblico..... | 52 |
| 11. Conclusioni.. | 57 |

^α Il testo è la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione tenuta a Roma il 3 maggio 2013 nel Convegno organizzato dalla Accademia dei Lincei dal titolo «*La riforma del diritto del lavoro*». Il saggio sarà pubblicato negli Atti del Convegno e sulla Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale.

1. Riforma dei licenziamenti, «tirannia dei valori economici» e crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro.

La riforma dei licenziamenti individuali intende incrementare la «flessibilità in uscita» e si pone precisi obiettivi economici. Essi sono stati individuati nella volontà di «incrementare l'occupazione»¹, ridurre il dualismo nel mercato del lavoro tra *insiders* ed *outsiders*², attrarre gli investimenti esteri³, migliorare la «qualità» dei contratti di lavoro (evitando, con la riduzione della rigidità nella disciplina in materia, la fuga dal lavoro standard e l'incremento dei contratti precari)⁴, adeguare il sistema italiano ai modelli di *flexicurity* europei⁵. Questi obiettivi sono stati in verità enunciati anche dal Premier Monti⁶ e occorre verificare se, in base alle riflessioni teoriche ed ai dati empirici a nostra disposizione, tali finalità possono essere effettivamente raggiunte. Il governo ha inteso rispondere alle pressanti sollecitazioni della Banca Centrale Europea (BCE), espresse nella famosa lettera inviata nell'estate 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti»⁷. La comunicazione esprime una opinione che la BCE sostiene da tempo e che è stata fatta propria da grandi istituzioni economiche (Ocse, Fondo Monetario Internazionale, Banca d'Italia, Commissione Europea)⁸.

Prima di analizzare questi aspetti, mi sembra peraltro evidente che le ragioni addotte a giustificazione della riforma siano tutte di carattere economico. Da questo punto di vista profili più specificatamente propri del Diritto del lavoro, come ad esempio la tutela del lavoratore dinanzi all'esercizio di un potere unilaterale che incide su aspetti personali molto importanti, sono completamente trascurati. Questa situazione, a prima vista del tutto anomala se si considera che la disciplina in materia di licenziamenti è principalmente finalizzata a tutelare il lavoratore, non deve stupire. Si tratta, infatti, della ennesima riprova della completa subordinazione del Diritto del lavoro alle (presunte) esigenze dell'economia.

A ben guardare le descritte finalità perseguite dalla riforma rispecchiano l'approccio tipico della analisi economica del diritto. La

¹ TATARELLI, 2012, 445.

² ICHINO, 2012, 3; GALANTINO, 2012, 231.

³ ICHINO, 2012, 5.

⁴ MARESCA, 2012, 416 - 417.

⁵ TREU, 2012a, 23; ID., 2012b, 15; PELLACANI, 2012, 3.

⁶ SPEZIALE, 2012, 322; PELLACANI, 2012, 3 - 4, 8.

⁷ Cfr. SPEZIALE, 2012, 523; FERRARESI, 2012, 256; F. CARINCI, 2012b, 531; ORLANDINI, 2012, 653; M. T. CARINCI, 2012a, 542 - 543. Sul contenuto di questa lettera e sul contesto politico sociale in cui è nata v. PERULLI, SPEZIALE, 2011, 7 ss.; SPEZIALE, 2012, 523.

⁸ Per le indicazioni su queste tesi e sugli atti ufficiali in cui esse sono espresse v. SPEZIALE, 2012, 525 ss.; ICHINO, 2012, 5; ORLANDINI, 2012, 651, nt. 18; M. T. CARINCI, 2012a, 536 ss.

disciplina del licenziamento individuale è valutata nell'ottica della sua efficienza in relazione a specifici obiettivi economici ed in base all'analisi costi benefici. Una tendenza, quest'ultima, che è ormai estensibile all'intero Diritto del lavoro, letto esclusivamente in una «visione puramente deterministica e quantitativa del mondo»⁹, e dove la regolazione giuridica viene assimilata «ad un sistema mercantile governato da prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi)»¹⁰.

La dimensione economica del lavoro è indiscutibile. Il lavoratore, a livello aziendale, costituisce un fattore della produzione dotato di uno specifico livello di produttività e di costo e la cui organizzazione contribuisce alla realizzazione del bene o servizio prodotto dall'impresa. In un contesto «macro» le retribuzioni dei lavoratori, determinate direttamente o indirettamente dai contratti collettivi, condizionano la domanda di beni di consumo a livello territoriale e nazionale, con tutte le annesse conseguenze in termini di offerta di prodotti, influenza sulla determinazione dei prezzi e sul tasso di inflazione. Il costo del lavoro, nella sua dinamica complessiva, è in grado di interagire sui livelli occupazionali. La *Labour Economics*, secondo i principi dell'analisi economica del diritto, ritiene che in generale la regolazione giuridica del lavoro produce effetti economici specifici, anche se molto discutibili (e variamente discussi) sono i criteri di misurazione quantitativa utilizzati. Lo stesso sviluppo e la fruizione dei diritti connessi ai rapporti individuali e collettivi di lavoro risentono del più generale contesto economico e politico sociale nel quale sono inseriti. Mi sembra, ad esempio, che la *golden age* del Diritto del lavoro (gli anni della crescita costante dei diritti) sia il frutto di tre variabili fondamentali: a) economie di carattere nazionale; b) politiche economiche keynesiane; c) mercati concorrenziali più limitati. Mentre le grandi trasformazioni successive (globalizzazione dei mercati, competizione tra aree economiche continentali, liberalizzazione degli scambi e fine dell'intervento dello Stato nella regolazione dell'economia) hanno sollecitato profonde revisioni della materia¹¹.

Gli esempi potrebbero continuare. Tuttavia, come è a tutti noto, il Diritto del lavoro si sviluppa anche per sottrarre il lavoratore alla sua dimensione puramente economica. Non si tratta soltanto di riequilibrare le distorsioni che il sistema economico produce sui livelli di reddito e di partecipazione al mondo del lavoro, ma di affermare «*valori non economici*, come l'equità, l'uguaglianza, la solidarietà, la salute e la sicurezza, la dignità o – perché no – la libertà nelle sue varie manifestazioni...»¹². Queste finalità sono alla base dell'imponente sviluppo

⁹ PERULLI, 2011, 403.

¹⁰ PERULLI, 2012a, 586.

¹¹ Sulle interrelazioni tra sviluppo del Diritto del lavoro e quadro macroeconomico generale cfr., da ultimo, TREU, 2013, 597 ss.

¹² DEL PUNTA, 2001, 39.

di diritti fondamentali del lavoratore contenuti nella nostra Costituzione, nei Trattati dell'Unione Europea e nella legislazione anche di fonte internazionale oltre che nella contrattazione collettiva. Molti anni fa si sosteneva che «la tutela, l'elevazione e l'eguaglianza del lavoratore stanno alla base di tutto il diritto del lavoro e ne costituiscono il principio unificatore»¹³. Mi sembra al contrario che, alla luce del pensiero economico dominante, il Diritto del lavoro sia chiamato a garantire la competitività dell'impresa e dei sistemi economici, con un vero e proprio rovesciamento di prospettiva. Come ho avuto già modo di dire «il diritto del lavoro è sempre più il diritto della flessibilità e del mercato del lavoro. Le finalità di protezione del lavoratore non vengono abbandonate. Esse peraltro sono subordinate alle esigenze di competitività, riduzione dei costi e flessibilità organizzativa reclamate dalle imprese.... Gli interessi economici ed organizzativi dell'impresa sono la "stella polare" dell'intervento legislativo nazionale ed (europeo), che orienta e conforma anche le tutele del lavoro. Da questo punto di vista si può affermare che oggi il diritto del lavoro è sempre più il "diritto del datore di lavoro – imprenditore"»¹⁴.

Ovviamente riaffermare la specificità giuridica del Diritto del lavoro significa sottolineare la sua «dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi»¹⁵ e non predicarne l'*indifferenza* alle ragioni dell'economia. Già molti anni fa si sosteneva che in questa materia «il superamento del tradizionale metodo dogmatico, in una con l'impiego della critica politica e sociologica, l'apertura interdisciplinare, la comparazione internazionale, appaiono oramai elementi distintivi costanti»¹⁶. Si affermava inoltre la necessità «di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza», ricordando che quest'ultima «non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, eppertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde»¹⁷. Ha ragione quindi chi sostiene che non ha senso «contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché *il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come di tante altre ragioni e giustificazioni*, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse»¹⁸.

Tuttavia l'apertura cognitiva con la scienza economica (e con le altre scienze, come ad es. la sociologia) significa scambio di informazioni, di giudizi e di opinioni evitando che si materializzi «il rischio della subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia»¹⁹. A mio

¹³ MAZZONI, 1964, 1074.

¹⁴ SPEZIALE, 2010, 4 – 5.

¹⁵ PERULLI, 2012a, 561.

¹⁶ GIUGNI, 1989a, 252.

¹⁷ GIUGNI, 1989b, 334.

¹⁸ DEL PUNTA, 2013a, 45 – 46.

¹⁹ DEL PUNTA, 2013a, 46.

parere, al contrario, siamo in presenza di una «nuova tirannia dei valori economici»²⁰. La prospettiva economica, infatti, costituisce l'unica ragione giustificativa delle riforme in materia di lavoro, come dimostra tutto il dibattito precedente alla emanazione della nuova disciplina in materia di licenziamenti e come è evidente anche per le più recenti innovazioni in tema di contratto a termine o di regolazione del mercato del lavoro. La necessità di ridurre la rigidità delle regole in tema di recesso dovrebbe produrre i miglioramenti delle performance economiche del «sistema Italia» già in precedenza descritte. Il tutto in coerenza con un «pensiero unico» sostenuto da grandi istituzioni economiche internazionali che rispecchia l'analisi neoclassica standard, smentita (come vedremo) da dati empirici e da altre scuole di pensiero²¹.

In verità la dimensione assiologica del Diritto del lavoro trova nel licenziamento uno dei suoi momenti di maggiore importanza.

Si tratta, infatti, di un potere unilaterale che può incidere in modo significativo su aspetti fondamentali della personalità e della dignità del lavoratore, come nel caso del recesso motivato da ragioni discriminatorie o di quello per giusta causa fondato su comportamenti giuridicamente o moralmente riprovevoli del dipendente e che mettono in discussione la sua onorabilità. Lo stesso può dirsi per il licenziamento che contenga un giudizio di disvalore sulla competenza tecnica nell'adempimento o che si fondi su una responsabilità del lavoratore imputabile a sua negligenza. Sono tutte situazioni rispetto alle quali il prestatore, indipendentemente dagli effetti economici del recesso, ha uno specifico interesse a riaffermare la propria soggettività con una sentenza che accerti la lesione della sua dignità (dichiarando il carattere discriminatorio del licenziamento o l'assenza di comportamenti disonorevoli) o la correttezza del suo comportamento a fronte dell'imputazione di fatti mai ammessi o comunque privi della gravità che gli si vorrebbe attribuire. D'altra parte, il recesso interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali²². Infatti, «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36»²³. E questo spiega perché, anche nel caso del licenziamento

²⁰ PERULLI, 2012a, 584.

²¹ Si pensi alle teorie che, al contrario, seguono approcci completamente diversi, fondati su valori quali equità, libertà, felicità, eguaglianza, sviluppo compatibile assai lontani dalla «religione neoclassica». Si vedano, sul punto, PERULLI, SPEZIALE, 2011, 23 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nt. 66).

²² Su tali aspetti, cfr. SPEZIALE, 2004, 88 ss. e, di recente, CANNATI, 2012, 129 ss. Si rinvia anche a NOGLER, 2012, 685.

²³ Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141, www.dejure.giuffrè.it, 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nella nota precedente (a cui *adde* MAZZAMUTO,

economico, sono in gioco sia profili reddituali connessi a garantire, ai sensi dell'art. 36 Cost., una vita libera e dignitosa (in una dimensione non riconducibile, dunque, solo al "prezzo" del lavoro), sia l'interesse a conservare un legame con l'impresa, che è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore²⁴.

I profili descritti, che indubbiamente costituiscono parte della specifica dimensione assiologica del Diritto del lavoro, non sono stati mai discussi o considerati quali ragioni giustificative dell'intervento di riforma. Questo non significa che la nuova disciplina non prenda in considerazione anche questi aspetti, come dimostra, ad esempio il rafforzamento e l'estensione della tutela in tema di licenziamento discriminatorio²⁵. Voglio solo sottolineare come gli effetti che la riforma avrebbe potuto determinare sulla dimensione giuridica degli interessi in gioco sono stati completamente ignorati e tutto il dibattito si è sviluppato sulle conseguenze economiche che l'intervento riformatore avrebbe potuto realizzare.

Un altro esempio significativo del carattere pervasivo e totalizzante della razionalità economica è dato dalla discussione sulla funzione e sul valore della tutela reintegratoria.

Nel commentare la nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, si è sottolineato come la reintegrazione sia ascrivibile alla *property rule*, che di solito «viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona». L'indennizzo, invece, è una *liability rule*, in genere applicata quando «sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore.»²⁶. Entrambe le regole sono utilizzabili anche nei rapporti contrattuali, con una scelta rimessa al legislatore. Nella riforma MONTI la *property rule* sarebbe circoscritta a casi eccezionali, quando è coinvolta «l'onorabilità della persona» (licenziamento disciplinare per un fatto insussistente) o quando il recesso economico sia palesemente pretestuoso (e, quindi, lasci pensare ad un motivo illecito o discriminatorio). In tutte le altre ipotesi, invece, la ingiustificatezza del recesso dovrebbe comportare solo la liquidazione del danno²⁷. L'approccio prescelto, come si vede, è quello tipico della *law and*

2007, 211 ss.; ID., 2004, 23 ss. e nt. 45; PAGNI, 2004, 65 ss.; ID., 2005, 489 ss.; PROTO PISANI, 2004, 40; DI MAJO, 2001, 270 ss.; VERDE, 2001, 60 ss., anche se questo autore svolge qualche precisazione critica rispetto agli altri AA. citati) ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18.6.2012 n. 9965. Sulla coesistenza, nel Diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche PERULLI, 2012a, 564, nt. 12 (con riferimenti bibliografici).

²⁴ Tra questi anche l'esercizio di diritti sindacali che costituiscono espressione ulteriore di realizzazione della personalità del lavoratore e che ne realizzano la sua «dimensione sociale».

²⁵ Sulle problematiche connesse al licenziamento discriminatorio si vedano, tra gli altri, M. T. CARINCI, 2012a, 552 ss.; CHIECO, 2013, 279 ss.; BARBERA, 2013, 139 ss.

²⁶ ICHINO, 2012, 10 – 11.

²⁷ ICHINO, 2012, 10 – 12.

economics, in coerenza della quale l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro «lede sempre il diritto fondamentale al lavoro [...] corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo»²⁸.

Ho già espresso le mie obiezioni a questa interpretazione²⁹. Non vi è dubbio, comunque, che la lettura di ICHINO è coerente con l'approccio tipico dell'analisi economica del diritto, in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»³⁰.

Dal punto di vista giuridico, la reintegrazione nel posto di lavoro va invece considerata come un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali³¹, è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica³² ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel Diritto del lavoro ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica³³. Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»³⁴. In questo contesto «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4

²⁸ ICHINO, 2012, 11 – 12.

²⁹ SPEZIALE, 2012, 530 ss.; ID., 2013, 316 ss.

³⁰ PERULLI, 2012a, 563.

³¹ CANNATI, 2012, 132 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

³² Si rinvia agli autori citati nelle precedenti note 22 e 23.

³³ Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempnuta si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (NOGLER, 2012, 669).

³⁴ Cass., S.U., 10.1. 2006 n. 141, cit., 7.

e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»³⁵.

Questo orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento. Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica³⁶. L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di realizzazione della personalità del lavoratore alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale³⁷.

In questa diversa ricostruzione del ruolo del lavoro nell'impresa, il ripristino dell'effettività del rapporto garantita dall'art. 18 non è soltanto una diversa sanzione giuridica rispetto alla tutela meramente economica. In verità la reintegrazione consente al giudice una ponderazione tra interessi organizzativi dell'impresa, nella dimensione soggettiva (vincolo fiduciario in rapporto anche ai futuri adempimenti) oltre che oggettiva (esigenze economiche), e l'interesse del lavoratore alla stabilità in quella «formazione sociale» dove si realizza la sua personalità e la sua esigenza di continuità di reddito. Se è vero, infatti, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono esterne alla disciplina della stabilità reale (che attiene al profilo sanzionatorio), è altresì vero che la possibilità di ricostituire *ab origine* il vincolo contrattuale impone al magistrato una diversa valutazione dell'assetto contrattuale e lo obbliga ad un sindacato sulla razionalità e proporzionalità del recesso alla luce degli interessi in gioco e dei valori enucleati dall'ordinamento costituzionale ed europeo³⁸.

Al contrario, l'indennizzo economico rispecchia un approccio di *law and economics* che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e la possibilità di un immediato «aggiustamento degli organici»³⁹. Il risarcimento pecuniario, peraltro, determina di fatto la insindacabilità delle ragioni del licenziamento, che coincidono con le scelte puramente soggettive dell'impresa senza alcun bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. In questo caso l'intento è quello di escludere qualsiasi controllo sulla «adeguatezza causale» del recesso e sul temperamento tra «diversi valori e razionalità sociali», così come espressi dalla legge e dalla giurisprudenza (anche costituzionale). L'indennizzo, in sostanza, «conduce alla mera monetizzazione (del licenziamento) come se il bene lavoro fosse una qualsiasi merce,

³⁵ Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141, cit., 8.

³⁶ PERULLI, 2012a, 564 ss.

³⁷ Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. Cost. 31.3.1994 n. 108, <http://www.dejure.giuffre.it>, 3 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

³⁸ Sulla proporzionalità e razionalità come strumenti essenziali di analisi ed interpretazione v. PERULLI, 2005, 6 ss.

³⁹ ICHINO, 2011a, 110.

traducibile in un prezzo» ed assorbe «ogni valutazione, di ordine extra economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità»⁴⁰.

Infatti, la scelta organizzativa «a monte» del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento ha in ogni caso effetto risolutivo del contratto. Le ragioni dell'impresa sono quindi sempre prevalenti sulla tutela alla stabilità ed alla continuità del lavoro. Il controllo del giudice opera solo «a valle», con una valutazione che, senza toccare la «sostanza» della volontà imprenditoriale, incide soltanto sulle convenienze economiche. Vi è, quindi, una monetizzazione degli interessi del lavoratore, che non hanno una «forza di resistenza» tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro, di fatto sempre liberamente esercitabile (seppure, in assenza di g. causa o g. motivo, a costi superiori).

Gli esempi fatti dimostrano che «la subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia» è qualcosa di ben più concreto di un semplice «rischio»⁴¹ e che la «tirannia dei valori economici»⁴² si è compiutamente realizzata. In realtà siamo in presenza di una crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro, nel quale la dimensione giuridica - nel senso assiologico più volte spiegato - è del tutto assente o, comunque completamente subordinata alle ragioni economiche. Non si tratta di prendere posizione sulle diverse opzioni proposte dalla teoria economica, quanto di rilevare come stiamo assistendo ad un vero e proprio processo di «colonizzazione» che trasforma le ragioni dell'economia nell'unico fondamento scientifico della materia. L'apertura metodologica e cognitiva non può coincidere con «l'esproprio» delle specificità del diritto che ne giustificano la sua stessa esistenza. Forse occorrerebbe ricordare che «il diritto del lavoro si preoccupa tradizionalmente di proteggere i lavoratori, non di garantire la salute dell'economia e neppure di promuovere l'occupazione»⁴³. Se è certamente vero che l'identità del giuslavorista non può prescindere dal contesto economico e dalla stessa analisi di efficienza della norma giuridica⁴⁴, è altrettanto vero che accogliere esclusivamente il punto di vista dell'analisi economica del diritto significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, od ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona). Eppure il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come

⁴⁰ PERULLI, 2012a, 563 e 564.

⁴¹ DEL PUNTA, 2013a, 46.

⁴² PERULLI, 2012a, 584.

⁴³ TREU, 2013, 597.

⁴⁴ DEL PUNTA, 2013a, 43 ss.

sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. La sua funzione fondamentale è quella – essenziale nelle società complesse e pluralistiche – di «arbitraggio» tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di «razionalità particolari» di cui parla G. Teubner)⁴⁵. In sostanza, bisogna riaffermare con forza che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio»⁴⁶. In caso contrario è la stessa identità epistemologica del Diritto del lavoro ad essere minacciata.

2. Rigidità/flessibilità delle regole in tema di recesso ed efficienza economica.

A questo punto è possibile esaminare in modo più approfondito il dibattito sugli effetti economici della rigidità della disciplina dei licenziamenti. Questa analisi, ovviamente, deve tenere conto anche dei dati empirici a nostra disposizione. Se il presupposto dell'analisi economica del diritto è quello della incidenza dell'art. 18 sull'occupazione, sul dualismo tra *insiders/outsiders*, sull'attuazione degli investimenti esteri e così via, è necessario verificare se e in che misura queste ragioni trovano conferma nella realtà sociale.

In realtà, la correlazione tra "rigidità" delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è fortemente contestabile e questa conclusione ha trovato recente conferma anche nell'Ocse, che ne era stata la principale sostenitrice⁴⁷. Inoltre vi sono numerosi studi teorici che negano la correlazione tra la "protezione" garantita dalla disciplina in materia di lavoro (licenziamenti inclusi) e livelli di disoccupazione⁴⁸. Una conclusione recentemente condivisa anche da Pietro Ichino, che è tra coloro che hanno maggiormente sottolineato la incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro⁴⁹. D'altra parte, l'indice di rigidità della disciplina del lavoro

⁴⁵ TEUBNER, 1999.

⁴⁶ DEL PUNTA, 2001, 39.

⁴⁷ «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata sugli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione» (OECD, 2004, 80). L'Organizzazione afferma che la disciplina dei licenziamenti potrebbe avere effetti negativi sulla occupazione di alcuni gruppi di lavoratori (donne, giovani) (63), sostenendo come questa tesi sia affermata da «alcuni studi» (senza, dunque, trovare conforto in tutti gli studiosi).

⁴⁸ Per l'indicazione degli studi in materia si rinvia a PERULLI, SPEZIALE, 2011, 14 ss. Si vedano anche ARTONI, D'ANTONI, DEL CONTE, LIEBMAN, 2006, 3 ss. e REYNERI, 2011, 137; FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, 49 ss.

⁴⁹ ICHINO, 2012, 5. L'autore sottolinea che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'«equilibrio mediterraneo» (nдр: caratterizzato da forti tutele contro i

elaborato dall'OCSE – modificato nel 2004 con l'eliminazione del tfr dai costi del licenziamento e che gode «di un'ampia e riconosciuta reputazione tra gli studiosi di economia⁵⁰ – classifica l'Italia solo al 18° posto (su 28 paesi) per i licenziamenti individuali sin dagli anni '80, includendo il nostro paese tra quelli più flessibili⁵¹. Inoltre, il *ranking* complessivo dell'Italia – inclusivo dei licenziamenti collettivi e dei contratti temporanei e che ci colloca al 5° posto tra i paesi più industrializzati – è ancora elevato (2,58%) esclusivamente per i costi connessi alla procedura di consultazione sindacale e all'indennità di mobilità⁵². La reintegrazione "pesa" «solo per un quindicesimo del totale dell'indice di protezione del licenziamento individuale»⁵³ ed ha una influenza modestissima sulla posizione in graduatoria dell'Italia⁵⁴. Una riprova ulteriore del carattere fortemente «ideologico» del dibattito relativo alla rigidità dell'art. 18 anche alla luce della «ortodossia» delle valutazioni dell'OCSE.

La infondatezza della tesi criticata trova conferma nel *turn over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata ed uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione), che è «tra i più elevati in Europa»⁵⁵. Una recente ricerca effettuata dal Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Fondazione Brodolini conferma queste conclusioni. Dopo aver rilevato la costante «precarizzazione» della nostra occupazione, il rapporto sottolinea come «il mercato del lavoro italiano sembra caratterizzato da una sorta di

licenziamenti) determini di per sé tassi di *disoccupazione* più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei o a quello di tipo statunitense».

⁵⁰ DELL'ARINGA, 2012, 44.

⁵¹ I dati Ocse, aggiornati al settembre 2010, sono reperibili in <http://www.oecd.org>. Si vedano, sul punto le osservazioni di REYNERI, 2011, 131 – 132 e di FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, che sottolineano come l'Italia, nell'indice aggregato di rigidità, è al di sotto della «maggioranza dei paesi europei» (52).

⁵² I dati sono reperibili nel sito indicato nella nota precedente. In particolare, nella parte relativa al *OECD Indicators of Employment Protection*, vengono spiegati i criteri di formazione dell'Indice, che nascono dalla ponderazione di tre indici parziali (licenziamenti individuali, collettivi e contratti temporanei). Su tali aspetti cfr. anche FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, 50 ss.

⁵³ LEONARDI, 2012, 1. Anche DELL'ARINGA rileva come la riforma dell'art. 18, proprio in relazione agli indicatori Ocse, potrebbe migliorare la nostra posizione «nella classifica internazionale della flessibilità dei lavori a tempo indeterminato», anche se «il miglioramento non sarebbe poi così importante e decisivo» (2012, 43). Si vedano anche le considerazioni critiche di NOGLER, 2012, 666-667.

⁵⁴ La reintegrazione è uno degli elementi considerati in uno dei tre sub indici del recesso individuale. «Il reintegro conta per un quinto della sezione "difficoltà di licenziamento"» (LEONARDI, 2012, 1). Le altre «sezioni» (o indici) sono gli oneri procedurali (I) ed il periodo di preavviso e le indennità economiche in caso di licenziamento illegittimo (II). Le riduzioni di personale ed i contratti temporanei sono considerati a parte, quali fattori ulteriori che determinano il risultato complessivo (2,58), con la percentuale molto elevata (4,88%) per i licenziamenti collettivi.

⁵⁵ REYNERI, 2006, 2. Questa opinione è sostenuta anche dal CNEL, 2005, 113 ss., che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (CONTINI, TRIVELLATO, 2005).

“liquidità”...» e da elevata mobilità «piuttosto che da una semplice segmentazione tra *insiders* e *outsiders*... »⁵⁶. Sempre in questo ambito, d'altra parte, non vi sono evidenze empiriche di un *turn-over* superiore nelle imprese soggette alla tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8 della l. 604/1966, dove il licenziamento illegittimo è sanzionato soltanto con una modesta indennità risarcitoria e nelle quali è occupata una quota consistente di lavoratori. Anzi, un recente studio sugli effetti della l. n. 108 del 1990, che ha eliminato quasi integralmente il recesso *ad nutum* ed ha incrementato i costi da licenziamento nelle imprese con meno di 15 dipendenti, ha sottolineato il contrario. In questo contesto, l'aumento del *firing cost* ha prodotto effetti assai ridotti su accessi ed uscite nelle imprese «con un impatto insignificante sull'occupazione netta»⁵⁷.

La opinione secondo cui l'incremento della “flessibilità in uscita” dovrebbe incidere sulla «qualità dell'occupazione», scoraggiando il lavoro irregolare e la diffusione di contratti flessibili e rendendo più attrattivi i contratti standard⁵⁸, non trova conferme empiriche. Infatti, per quanto attiene alla «fuga» dal lavoro stabile, si è recentemente affermato che tutte le riforme finalizzate a flessibilizzare il mercato del lavoro con l'arricchimento delle tipologie contrattuali (come, ad es., il d.lgs. 276/2003) non hanno «avuto alcun effetto significativo nell'assorbire il lavoro irregolare in Italia: 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»⁵⁹. Una riprova, tra l'altro, che l'incremento dei contratti flessibili ha soltanto ridistribuito l'occupazione esistente in favore di rapporti di lavoro non stabili. D'altra parte, anche nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria vi è una utilizzazione assai ampia di contratti diversi da quelli standards⁶⁰. La grande diffusione, secondo i dati Istat, di rapporti di lavoro autonomo nelle imprese con meno di 15 dipendenti (dove non si applica l'art. 18), suggerisce inoltre che l'assenza di una tutela forte contro il licenziamento non esclude il ricorso a forme contrattuali diverse dalla subordinazione. Ed anche chi interpreta queste statistiche in modo diverso (proponendone correzioni al ribasso)⁶¹ è costretto poi ad ammettere che i dati esistenti «non basterebbero certo per considerare *dimostrato* che l'articolo 18 dello

⁵⁶ DIPARTIMENTO DEL TESORO – FONDAZIONE G. BRODOLINI, 2012, 8. Su questa ricerca si veda anche l'approfondita analisi di FABRIZI, PERAGINE, RAITANO, 2013, che sottolineano come «l'evidenza empirica appare quindi più complessa di quanto facilmente semplificabile attraverso l'immagine di mero *apartheid* messo in atto dagli *insiders* (gli anziani) per penalizzare gli *outsiders* (i giovani)» (66).

⁵⁷ KUGLER, PICA, 2008, 94.

⁵⁸ MARESCA, 2012, 416 ss.

⁵⁹ TEALDI, 2012, 3.

⁶⁰ DELL'ARINGA, 2011, 1.

⁶¹ ICHINO, 2011a, 64 ss.

statuto dei lavoratori sia una causa del maggior ricorso a forme di lavoro dipendente atipiche, ma ne costituirebbe un pesante indizio»⁶². Ancora una volta, dunque, si pretende di portare argomenti a favore di una riforma che incide in modo rilevante sui diritti dei lavoratori in base ad elementi... indiziari ed oltretutto tali da non smentire le altre numerose «prove contrarie» desumibili dai dati e dagli studi già descritti.

In un recente saggio P. Ichino ha sottolineato che l'originaria formulazione dell'art. 18 anteriore alla riforma avrebbe causato una certa «vischiosità»⁶³ del mercato del lavoro italiano. Tuttavia anche questa affermazione mi sembra più una supposizione che una realtà suffragata da evidenze empiriche. L'analisi approfondita effettuata da questo autore mette in evidenza dati in buona parte noti (elevata creazione di posti di lavoro, prevalenza di quelli precari, tempi relativamente lunghi per la ricerca di una nuova occupazione, alto numero di lavoratori «scoraggiati», ecc.)⁶⁴. Tuttavia questi risultati non consentono di collegare le caratteristiche sopra descritte alla disciplina dei licenziamenti. Ciascuna di esse, infatti, può trovare una spiegazione del tutto autonoma dall'art. 18 dello statuto, a cui francamente si imputa... troppo⁶⁵. Tra queste, ad esempio, la bassa efficienza dei sistemi di incontro tra domanda ed offerta di lavoro, l'incapacità dei lavoratori di essere utilmente riqualificati, la loro scarsa capacità professionale, la «eterogeneità dell'offerta di lavoro, per cui alcune fasce deboli sarebbero meno "occupabili" e quindi destinate a restare più a lungo in cerca di occupazione»⁶⁶. Inoltre, per confermare la tesi *insiders/outside*s (smentita dalla ricerca del Dipartimento del Tesoro già citata) e per attribuire alla disciplina dei licenziamenti effetti indimostrati, Ichino è costretto a ricorrere alla suggestiva argomentazione secondo la quale le inefficienze del mercato del lavoro prima descritte derivano da una valutazione estremamente negativa della perdita del posto di lavoro, che determina «una maggiore severità dei giudici nel valutare la giustificazione del licenziamento»⁶⁷. Queste affermazioni, peraltro, non sono suffragate da dati empirici (perché non esiste alcuna seria analisi «sul campo», certamente non semplice da realizzare). Esse, dunque, esprimono un giudizio personale, sicuramente rispettabile ma certo insufficiente a fondare una conclusione così assiomatica. Rilevo, inoltre, che esistono spiegazioni molto diverse sulle ragioni di un mercato del lavoro caratterizzato da elevata mobilità e da una permanenza più lunga

⁶² ICHINO, 2011b, 3.

⁶³ ICHINO, 2012, 5.

⁶⁴ ICHINO, 2012, 2 ss. Si vedano, sul punto, anche i risultati della ricerca indicata nella precedente nt. 56.

⁶⁵ DELL'ARINGA, 2012, 42 ss.

⁶⁶ REYNERI, 2011, 196.

⁶⁷ ICHINO, 2012, 3.

nello stato di disoccupazione, con l'elaborazione di tesi che prescindono dalle regole giuridiche sul recesso del datore di lavoro⁶⁸.

Per quanto riguarda il rapporto tra disciplina dei licenziamenti e capacità di attrarre investimenti esteri, si è sostenuto che «nessun nesso causale è stato dimostrato», anche se una «qualche correlazione inversa tra grado di vischiosità del mercato del lavoro e attrattività del Paese per gli investimenti diretti esteri è abbastanza evidente»⁶⁹. Quest'ultima affermazione, in chiara contraddizione con la prima, non è confermata dagli elementi in nostro possesso. Vi sono infatti *Reports*, elaborati da grandi istituzioni internazionali fedeli al pensiero economico ortodosso, che collocano nei primi posti delle graduatorie in tema di competitività paesi considerati molto rigidi nella disciplina in tema di licenziamenti, mentre l'Italia è ben lontana da queste realtà economiche per ragioni assai diverse dalle regole giuridiche in materia⁷⁰.

Si può concludere, dunque, che il governo Monti si è adeguato al «mantra» sostenuto dall'OCSE e dalle altre istituzioni economiche internazionali⁷¹, che costituisce una sorta di "pensiero unico"⁷² in larga parte smentito da studi e dati concreti. Mentre, in altre ipotesi, esso esprime conclusioni molto controverse, che si prestano a letture diverse e certo non univoche. Va anche detto, peraltro, che la particolare situazione in cui si trovava l'Italia nel novembre 2011 ha imposto una sorta di «commissariamento»⁷³ del nostro paese e, dopo la lettera della BCE, la riforma dei licenziamenti era inevitabile, anche se erano sicuramente percorribili strade diverse⁷⁴. A parte queste considerazioni, è comunque

⁶⁸ REYNERI, 2011, 103 ss., 167 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁶⁹ ICHINO, 2012, 5.

⁷⁰ Si vedano, ad esempio, i *The Global Competitiveness Report 2011/2012* e *2010/2011*, reperibili sul sito del *World Economic Forum* (http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf). Essi mostrano come le *restrictive labour regulations* non sono, per l'Italia, tra i «fattori critici» di competitività più importanti (al contrario di altri, quali la inefficienza burocratica, il livello di tassazione, l'accesso al credito e così via). Queste caratteristiche sono confermate nel rapporto 2012/2013. Nel *Country Profile Highlights* del Rapporto 2011/2012 si sottolinea inoltre la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove «una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione» (2). Eppure la Germania, nel 2012, è classificata al 6° posto su 183 paesi. Conclusioni simili sono contenute nel *Report 2012/2013*, dove la Germania continua ad occupare la sesta posizione, con un indice di rigidità che la colloca al 119° posto, rispetto al 127° dell'Italia. Analoghe considerazioni possono trarsi dal Rapporto *Doing Business* nel quale la disciplina in materia di lavoro non è considerata ai fini del *ranking* (2011 o 2012). Oppure, quando è utilizzata (2010), vi sono paesi come Finlandia, Germania o Francia con un tasso di rigidità in tema di licenziamenti identico o simile a quello italiano, ma con una posizione in classifica nettamente migliore del nostro paese, collocato solo al 78° posto.

⁷¹ M. T. CARINCI, 2012a, 536.

⁷² SPEZIALE, 2012, 525 ss.

⁷³ F. CARINCI, 2012b, 531.

⁷⁴ Penso, ad esempio, alla velocizzazione dei tempi processuali – in effetti poi realizzata –, ad una migliore tipizzazione delle causali di recesso – per evitare alcune controverse interpretazioni giurisprudenziali – alla diversa graduazione delle sanzioni per i vizi formali.

lecito dubitare che gli obiettivi perseguiti dalla riforma (superamento del dualismo *insiders/outsiders*, maggiore propensione all'assunzione con contratti stabili, riduzione della precarietà) saranno raggiunti ed è comunque «difficile sostenere che la riforma darà un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro»⁷⁵.

Ad oltre un anno dall'entrata in vigore della riforma è possibile affermare che gli sperati effetti positivi sull'economia e sull'occupazione del nostro paese non si sono minimamente realizzati. I dati più recenti confermano la persistenza della recessione (con la previsione di una decrescita del Pil nel 2013 pari all'1,8%) ed un incremento del tasso di disoccupazione, attualmente pari al 12,5% e che raggiunge il 40,4% per i soggetti compresi tra i 15 ed i 24 anni⁷⁶. Ovviamente, sarebbe ingeneroso attribuire alla riforma Fornero questi risultati, che in verità dipendono da fenomeni nazionali ed internazionali di ben altro rilievo. Tuttavia, com'era prevedibile, la nuova disciplina dei licenziamenti ha prodotto conseguenze irrilevanti sul sistema economico e sulla competitività del nostro paese. La previsione di DELL'ARINGA sopra citata si è puntualmente realizzata.

I dati descritti e le analisi teoriche ed empiriche già analizzate sollecitano peraltro riflessioni ulteriori.

La *law and economics*, pur se contrassegnata da connotati indubbiamente teorici, dovrebbe avere una stretta connessione con la realtà e con la ricerca dei riscontri concreti della esattezza delle teorie. Non va dimenticato, tra l'altro, che esiste una specifica materia (la econometria) che è dedicata alla verifica empirica di modelli formulati in ambito teorico. Tuttavia occorre anche ricordare che «spesso gli economisti accademici non si interessano alla realtà, o meglio si costruiscono una loro realtà teorica e, se scoprono che la realtà reale funziona in modo diverso, considerano sbagliata quest'ultima e non la loro teoria»⁷⁷. Una conclusione questa che può forse spiegare per quale ragione le ipotesi teoriche che legano disciplina dei licenziamenti ed occupazione (o altri fenomeni quali l'attrattività degli investimenti esteri, il superamento del dualismo nel mercato del lavoro e così via) siano *indifferenti* alle «dure repliche della realtà» ed all'assenza di riscontri empirici che confermino le teorie formulate⁷⁸.

Si assiste dunque ad un duplice fenomeno. Da un lato si sviluppano teorie economiche che suggeriscono la riduzione delle garanzie in materia

Tutte queste modifiche avrebbero consentito un notevole miglioramento della situazione senza necessità di intaccare la tutela reintegratoria.

⁷⁵ DELL'ARINGA, 2012, 42.

⁷⁶ I dati indicati nel testo sono quelli pubblicati dall'Istat per quanto riguarda il Pil (*Conti economici trimestrali del II trimestre 2013*, 10 settembre 2013, www.istat.it, 1) e la disoccupazione a settembre 2013 (*Occupati e disoccupati*, 31 ottobre 2013, www.istat.it, 1 ss.).

⁷⁷ PALAZZI, 2011, 10.

⁷⁸ Senza dimenticare che esistono molti contributi teorici che negano la correlazione tra tutela dei licenziamenti ed occupazione. V. *retro* nel testo e note 47 e 48.

di licenziamento a *prescindere* dalla loro concreta efficacia sul sistema produttivo ed in relazione agli stessi obiettivi che si sono perseguiti. Questa impostazione, peraltro, è coerente con una «deriva» di una materia che dimentica di essere una scienza sociale e politica e si caratterizza oggi per «un crescente distacco dell'analisi teorica economica dalla realtà»⁷⁹. Dall'altro, il carattere sperimentale della scienza, che dovrebbe condurre ad un confronto tra modelli economici e l'evidenza empirica, viene completamente negato attraverso una sistematica obliterazione di dati statistici e di analisi di vario tipo che mettono in evidenza risultati che contrastano l'assunto di base (più flessibilità dei licenziamenti determina maggiore occupazione, più investimenti esteri e così via).

L'obiettivo della efficienza, che costituisce la «ragione sociale» di qualunque teoria economica, viene così smentito in conseguenza di un eccesso di astrattezza e di carenza del legame con la realtà, oppure considerando i dati concreti come un fattore trascurabile che non merita di essere considerato. In questo caso l'effetto paradossale è massimo. Non solo il Diritto del lavoro è «colonizzato» dall'economia, ma questo processo si verifica nell'ambito di una evidente violazione dello statuto epistemologico della scienza «dominante», che, in varie forme, *prescinde* dalla realtà e dimentica il suo carattere sociale e sperimentale. Diritto del lavoro ed economia sono entrambe snaturate nei propri elementi costitutivi con un duplice effetto negativo che si riflette sulla nostra materia.

In verità, la rigidità dei licenziamenti come fattore di creazione di disoccupazione, del dualismo *insiders/outsiders*, della mancanza di attrattività del nostro paese per quanto riguarda gli investimenti esteri è una vera e propria «teologia economica», che ha ben poco di «scientifico» e che, come tutte le religioni, presuppone «dogmi e rivelazioni». I suoi assiomi sono presentati come verità indiscutibili e trasformati in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

Va peraltro detto che la riforma Fornero cerca di sopperire al deficit di realtà della scienza economica prevedendo un sistema di «monitoraggio» della legge, al fine di «valutarne gli effetti sulla efficienza del mercato del lavoro.... (e) sulle modalità di entrata e uscita dall'impiego» (art. 1, comma 2, l. 92/2012). Il sistema permanente di controllo «basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan)» dovrebbe suggerire l'introduzione di «eventuali correzioni delle misure e degli interventi introdotti dalla... legge, anche alla luce dell'evoluzione del quadro macroeconomico, degli

⁷⁹ PALAZZI, 2011, 13.

andamenti produttivi, delle dinamiche del mercato del lavoro e, più in generale, di quelle sociali» (art. 1, commi 2 e 3, l. 92/2013)⁸⁰.

La prospettiva è di grande interesse perché suggerisce un controllo sulla efficacia della legge che dovrebbe consentire una valutazione più concreta del suo impatto, in coerenza con la proposta secondo la quale il legislatore deve impegnarsi a valutare i dati concreti durante il *drafting* delle norme e nella fase di attuazione delle leggi⁸¹. Ovviamente la sperimentazione, indubbiamente positiva, pone dei problemi. Ad esempio, con quali criteri è possibile distinguere tra i licenziamenti economici dovuti all'andamento negativo (congiunturale o strutturale) del ciclo da quelli che sono invece conseguenza esclusiva o preponderante della regolazione giuridica, «isolando» quindi l'effetto normativo da quelli più generale di contesto?

In ogni caso, la verifica sul campo della legge è certamente utile perché consente di avere dati concreti su cui discutere, nell'ambito di quell'apertura metodologica con altre scienze di cui si è più volte parlato. Ovviamente si tratta di verificare se il monitoraggio sarà effettivamente realizzato. Si è giustamente rilevato che «anche il d.lgs. 276/2003 aveva abbracciato questa metodologia...», ma che «in quell'esperienza di riforma le speranze sono andate in parte deluse, poiché le indicazioni lanciate dal legislatore non sono state tradotte in fatti»⁸². Nell'anno successivo alla riforma, in verità, qualcosa è accaduto ed è quindi possibile un cauto ottimismo. Al momento sono state pubblicate, a cura dell'Isfol, le «Prime evidenze ricavate dal sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del Sistema informativo sulle comunicazioni obbligatorie del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali». I due *reports*, eseguiti nell'ambito del monitoraggio previsto dalla legge 92/2012, analizzano gli effetti della riforma Fornero sulla dinamica degli avviamenti nei contratti di lavoro⁸³. Si tratta indubbiamente di un importante passo avanti, anche se critiche sulle metodologie utilizzate sono certamente possibili⁸⁴. In relazione al licenziamento non sono stati pubblicati dati significativi, se non quelli relativi al numero dei tentativi obbligatori di conciliazione per i recessi per giustificato motivo oggettivo⁸⁵. La speranza è che anche in questo campo si forniranno riscontri empirici che consentano valutazioni sull'impatto della nuova disciplina.

⁸⁰ Sul monitoraggio si rinvia a SCIARRA, 2013, 37 ss.

⁸¹ ICHINO, 2011c, 393 ss.

⁸² SCIARRA, 2013, 41.

⁸³ ISFOL, 2013a, 1 ss.; ISFOL, 2013b, 1 ss.

⁸⁴ Non si comprende ad esempio, in relazione ai contratti a tempo determinato, quali sono riconducibili alle nuove tipologia "acausal" e quali invece sono ascrivibili alle forme di lavoro a termine già esistenti in precedenza. In questo modo non è possibile capire quale sia l'effetto introdotto dalla riforma su un aspetto così importante.

⁸⁵ Sono stati rilevati 16.000 tentativi obbligatori di conciliazione nel periodo 18 luglio 2012 - 22 luglio 2013, con esiti positivi nel 40% dei casi. Si rinvia a OUA 2013, 1 ss.

Questi dati, peraltro, dovranno essere considerati con salutare «relativismo». Infatti gli «strumenti che possono misurare l'impatto delle normative, cioè quelli dell'analisi economica del diritto, ... offrono una serie di utilissime informazioni sulla realtà, ma raramente sono in grado di fornire spiegazioni condivise, in particolare sui nessi fra determinati fattori ed i relativi effetti, riuscendo a giungere, al massimo, a conclusioni probabilistiche»⁸⁶. E senza dimenticare la necessità di analizzare queste conoscenze nell'ambito dei fini e dei valori perseguiti dal Diritto del lavoro, che non possono essere piegati alla sola valutazione in chiave di (presunta) efficienza sulla regolazione del mercato.

3. La nuova disciplina dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori alla luce della giurisprudenza. L'ambito dell'indagine.

La riforma del 2012 ha cambiato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e modifica quindi un aspetto fondamentale della tutela in materia di licenziamenti su cui da parecchi decenni si era sviluppato un serrato dibattito giuridico e politico. L'innovazione è di grande rilievo ed incide anche su assetti consolidati dalla giurisprudenza, chiamata a razionalizzare ed interpretare disposizioni di non facile lettura, anche per l'evidente intento compromissorio che caratterizza il testo finale.

Per valutare l'impatto della riforma, mi pare opportuno soffermarmi sulla dimensione empirica tipica del giurista consistente nell'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sulla nuova disciplina, anche alla luce dell'imponente quantità di saggi e di commenti della dottrina, che, come vedremo, ha certamente influenzato le interpretazioni dei giudici⁸⁷. Non analizzerò tutte le problematiche connesse alle nuove disposizioni, ma mi concentrerò soltanto su alcune questioni di diritto sostanziale (non mi occuperò quindi del nuovo «rito Fornero»). In particolare mi soffermerò sugli aspetti che hanno rivelato i contrasti più forti in dottrina, trovando poi un significativo riscontro anche in giurisprudenza.

⁸⁶ DEL PUNTA, 2013a, 54.

⁸⁷ Una prima valutazione degli orientamenti giurisprudenziali è stata già fatta da BIASI, 2013, 1 ss.

4. La tesi della parziale identificazione tra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio.

Un saggio molto approfondito e di elevato spessore teorico ha proposto una innovativa lettura della riforma. L'autrice afferma che il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo é, salvo situazioni particolari, necessariamente discriminatorio e comporta l'applicazione della tutela reale «piena» prevista dall'art. 18, comma 1 e ss., della l. 300/1970⁸⁸. Questa interpretazione si presta ad obiezioni logiche e giuridiche difficilmente superabili⁸⁹ e non è stata accolta dalla dottrina con una pluralità di argomentazioni, alcune anche molto sofisticate⁹⁰.

Senza voler ripetere le numerose considerazioni critiche, mi sembra evidente che la tesi di M. T. CARINCI sia in ogni caso completamente in contrasto con la *ratio* della legge e con la stessa formulazione letterale dell'art. 18, che distingue nettamente la disciplina degli effetti prevista per il licenziamento discriminatorio e per quello privo di giusta causa o giustificato motivo⁹¹. Non a caso si è giustamente sottolineato che «non si comprende... come un assunto dogmatico-ricostruttivo, per quanto serio, possa prevalere sulla realtà positiva di un regime che ha previsto (per i recessi ingiustificati) sanzioni a sé, ben distinte da quelle del licenziamento discriminatorio...»⁹².

La giurisprudenza non ha sino ad ora seguito la tesi della parziale identificazione tra licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato. A parte le decisioni riferite alla precedente formulazione dell'articolo 18,

⁸⁸ M. T. CARINCI, 2012a, 554 ss.

⁸⁹ Sia consentito il rinvio anche a SPEZIALE, 2012, 544 ss.

⁹⁰ Si vedano, tra gli altri, BARBIERI, 2013, 28 ss.; BARBERA, 2013, 149 ss.; BRUN, 2012, 198 ss.; CESTER, 2012a, 32, nt. 37; ID., 2012b, 567, nt. 19; ID., 2013, 21 ss.; DEL PUNTA, 2013b, 11 ss.; GALANTINO, 2012, 237, nt. 17; GALARDI, 2013, 289; NOGLER, 2012, 683; TOPO, 2012, 71; ALLEVA, 2012, 1-2; F. CARINCI, 2012b, 546 ss.; ID., 2013, 486 nt. 41; ICHINO, 2012, 9 ss.; MARESCA, 2012, 429; MARAZZA, 2012, 613 ss., 619 ss.; MAZZOTTA, 2013, 243; TREU, 2012b, 56.

⁹¹ SPEZIALE, 2012, 546 e 550. Tra l'altro ho osservato che la tesi qui criticata ha una valenza generale e pertanto anche nelle imprese con meno di 16 dipendenti il licenziamento ingiustificato dovrebbe essere necessariamente discriminatorio, con l'applicazione di una disciplina (la reintegra «piena») che prescinde dai requisiti dimensionali e con totale cancellazione della stabilità obbligatoria. Una conseguenza questa assolutamente in contrasto con la regola del «parallelismo delle tutele», più volte confermata dalla Corte costituzionale (SPEZIALE, 2012, 546 ss.). Questa mia critica è stata fatta propria anche da CESTER, 2013, 24.

⁹² DEL PUNTA, 2013b, 14. BARBIERI (2013, 29) afferma che, nel criticare la tesi di M. T. CARINCI, avrei valorizzato oltre il dovuto la *ratio legis*. Tuttavia se la *ratio* si identifica con «l'intenzione del legislatore» (secondo almeno la giurisprudenza e la dottrina assolutamente prevalenti), mi pare evidente che la previsione di diversi regimi sanzionatori esprime in modo inequivocabile la volontà di distinguere tra il licenziamento discriminatorio e quello ingiustificato.

nelle quali si continua ad affermare la netta distinzione tra discriminatorietà ed assenza di giustificazione⁹³, anche le ordinanze che applicano la nuova disciplina si muovono nell'ambito della distinzione tradizionale tra recesso discriminatorio ed illegittimo. Vi sono numerose decisioni che, in riferimento al licenziamento ritorsivo, utilizzano le argomentazioni tradizionali già enucleate dalla Cassazione prima della riforma, senza quindi attribuire alcun rilievo al carattere innovativo della riforma⁹⁴. Anzi esse tendono a ricondurre la ritorsione nella discriminazione, mentre oggi la nuova configurazione del «motivo illecito» come automa fattispecie di licenziamento nullo dovrebbe sollecitare una revisione di questo orientamento (visto che il carattere ritorsivo del recesso potrebbe oggi trovare inquadramento in tale ambito piuttosto che nella discriminazione in senso proprio).

5. Il «fatto materiale» o il «fatto giuridico» nel licenziamento disciplinare.

Uno dei punti cruciali di contrasto tra i commentatori della riforma è stato quello della interpretazione, nel licenziamento disciplinare, del concetto di «insussistenza del fatto contestato» (art. 18, comma 4). Si era prospettata la tesi, infatti, che il «fatto insussistente» dovesse essere considerato nella sua componente «materiale», privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi, inteso come azione materiale o evento concreto). Questo controllo avrebbe dovuto essere condotto «senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere ed il non essere». Soltanto in questa ipotesi sarebbe stato possibile applicare la sanzione della reintegrazione. Mentre, qualora il «fatto» vi fosse stato, occorreva valutarne la importanza ai fini delle nozioni di giusta causa o giustificato motivo. E, se si fosse riscontrata la mancanza di una ragione giustificativa adeguata a giustificare il recesso, l'unica sanzione possibile sarebbe stata il risarcimento del danno, a meno che il fatto, pur sussistente, non fosse riconducibile ad una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo⁹⁵.

⁹³ Si veda, ad esempio, Trib. Milano 11.2.2013 (dott. Colosimo, *Boll. Spec. Adapt*, 2013, 21, per la cui analisi si rinvia a BIASI, 2013, 14), che ribadisce come il licenziamento discriminatorio si fonda su un «motivo odioso», ravvisabile, «in assenza di un'obiettiva ragione del licenziamento», nella «volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale che lo contraddistingue».

⁹⁴ Cfr., tra le tante, Trib. Bologna 19.11.2012, *RIDL*, 2013, II, 271 ss., con note di ICHINO (*Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*) e di SCARPELLI (*Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*); Trib. Milano 28.11.2012, (dott. Casella); Trib. Milano 28.01.2013, (dott.ssa Lualdi).

⁹⁵ MARESCA, 2012, 435 ss.

Questa tesi, accolta da alcuni studiosi⁹⁶, avrebbe avuto come effetto immediato quello di rendere la reintegrazione una sanzione del tutto eccezionale⁹⁷ e si poneva, quindi, l'evidente obiettivo di politica del diritto di «marginalizzare» la reintegra⁹⁸. Ho criticato questa opinione in base ad una pluralità di argomenti legati alla interpretazione letterale e sistematica della legge⁹⁹. Osservavo, tra l'altro, che la tesi criticata, se portata alle estreme conseguenze, poteva far ritenere che un «fatto lecito» (ad esempio non aver salutato il datore di lavoro) avrebbe dovuto necessariamente determinare, a fronte della evidente ingiustificatezza del licenziamento, *esclusivamente* la sanzione risarcitoria. In quel caso il fatto era pienamente sussistente e, quindi, nonostante la evidente illegittimità del comportamento aziendale, altro non si sarebbe potuto fare che liquidare il danno, riconoscendo al recesso valore risolutivo del contratto, con conseguenze evidentemente assurde¹⁰⁰.

Ho espresso pertanto l'opinione che il «fatto» andasse inteso come «fatto giuridico», comprensivo dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale, ecc.)¹⁰¹. Questa tesi è stata sostenuta anche da altri autori¹⁰², alcuni dei quali hanno oltretutto sottolineato che il «fatto» deve essere inteso come «inadempimento contrattuale»¹⁰³.

La giurisprudenza si è orientata, in senso prevalente, ad utilizzare la nozione di «fatto giuridico», che, tra l'altro, è espressamente contenuta,

⁹⁶ TREMOLADA, 2012, 54; ID., 2013, 120 ss.; FERRARESI, 2012, 264; TOPO, 2012, 69 – 70; TATARELLI, 2012, 450; MARAZZA, 2012, 623 ss.; GALANTINO, 2012, 243; TREU, 2012b, 51 ss.; VALLEBONA, 2012, 57 (peraltro con la precisazione che se il fatto fosse stato pretestuoso o di scarso rilievo la reintegra sarebbe stata ugualmente applicata pur in presenza della sua sussistenza ed in applicazione dei principi in tema di frode alla legge); PERSIANI, 2013, 6 ss.

⁹⁷ MARESCA, 2012, 437.

⁹⁸ Ed è lo stesso MARESCA a confermare tale eccezionalità, quando afferma che «quale datore di lavoro licenzerebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo l'applicazione della sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe – sul piano della opportunità – la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?» (MARESCA, 2012, 438).

⁹⁹ SPEZIALE, 2012, 552 ss.; ID., 2013, 329 ss.

¹⁰⁰ SPEZIALE, 2013, 330.

¹⁰¹ SPEZIALE, 2012, 553 ss.; ID., 2013, 333 ss.

¹⁰² Tra cui F. CARINCI, 2013, 496; MAZZOTTA, 2013, 248; PERULLI, 2012b, 793 ss.; L. ZOPPOLI, 2012, 136. Per l'indicazione analitica degli autori, oltre a quelli da me qui citati o considerati negli scritti indicati nella nota precedente, rinvio a BIASI, 2013, 24 – 25, nt. 99 e 100, a cui vanno aggiunti BARBIERI, 2013, 31 ss.; DEL PUNTA, 2013b, 21 ss.; GALARDI, 2013, 291 ss. CESTER (2013, 32 ss.) propone una «mediazione» tra le due tesi (fatto materiale/giuridico). Tuttavia l'a. ritiene che il «fatto contestato» vada definito come «comportamento» che includa «una soglia minima di antigiuridicità oggettiva». Il che significa tornare al «fatto giuridico».

¹⁰³ V., ad es., DEL PUNTA, 2013b, 21; F. CARINCI, 2013, 496; M. T. CARINCI, 2012b, 1059; MAZZOTTA, 2013, 248; NUZZO, 2012, 63-64; PERULLI, 2012b, 794-795; ROMEI, 2012, 1080; SANTORO PASSARELLI, 2013, 233; SORDI, 2013a, 282-283; TULLINI, 2013, 160; L. ZOPPOLI, 2012, 136. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a BIASI, 2013, 25, nt. 99.

seppure come *obiter dictum*, in una pronuncia della Cassazione, riferita alla inapplicabilità del nuovo regime sanzionatorio ai licenziamenti oggetto di procedimenti in corso al momento di entrata in vigore della riforma (18 luglio 2012)¹⁰⁴.

Tra le ordinanze si segnala in particolare Trib. Bologna 15.10.2012, secondo la quale «*la fattispecie inerente la c.d. "insussistenza del fatto contestato"*» va interpretata come «*fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo*». D'altra parte «*l'insussistenza*» non può essere letta come se essa «*facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza e alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione*»¹⁰⁵. In senso del tutto analogo si è espresso il Tribunale di Taranto del 3.6.2013, secondo il quale «*il "fatto contestato" (deve) intendersi non come "fatto materiale", ma come "fatto giuridico"..., cioè non come mera condotta materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), ma come condotta imputabile colposa, dovendosi altresì considerare il disposto normativo di cui all'art. 2106 cod. civ...., dovendosi quindi trattare comunque di un inadempimento disciplinarmente rilevante o astrattamente punibile con il licenziamento*». Tra l'altro l'ordinanza sottolinea come la tesi contraria potrebbe condurre al paradosso «*che anche una condotta del tutto lecita, nient'affatto inadempiente, o addirittura doverosa del lavoratore, se sussistente, perché effettivamente posta in essere dal lavoratore, dovrebbe ex sé giustificare il licenziamento disciplinare, posto che l'illegittimità di quest'ultimo predicherebbe (solo) la materiale insussistenza della condotta*»¹⁰⁶.

Analoghe considerazioni sono contenute in Tribunale di Palmi del 24.4.2013, che rileva come «*il testo della norma discorre non semplicemente di "fatto", ma di "fatto contestato". E ciò che viene*

¹⁰⁴ Cass. 7.5. 2013 n. 10550, che, in motivazione, rileva come «con la [L. n. 92 del 2012](#), è stato introdotta una nuova, complessa ed articolata disciplina dei licenziamenti che ancora le sanzioni irrogabili per effetto della accertata illegittimità del recesso a valutazioni di fatto incompatibili non solo con il giudizio di legittimità ma anche con una eventuale rimessione al giudice di merito che dovrà applicare uno dei possibili sistemi sanzionatori conseguenti alla qualificazione del fatto (giuridico) che ha determinato il provvedimento espulsivo».

¹⁰⁵ T. Bologna 15.10.2012 (proc. n. 2631/2012, Catalano Piero c. Atla Srl – Giudice Marchesini), p. 3. Nel commentare la sentenza, si è sottolineato come essa dimostri «la artificiosità della soluzione legislativa, tale da risultare addirittura controproducente rispetto alla finalità perseguita» (F. CARINCI, 2012c, 7).

¹⁰⁶ Trib. Taranto 3.6.2013, dott. Magazzino (R.G. n. 1450/2012). La decisione utilizza molte delle argomentazioni da me espresse negli scritti in precedenza citati.

contestato non è mai semplicemente un dato meramente materiale, senza contesto, bensì un comportamento valutato nella sua valenza disciplinare e collocato in un preciso contesto. E tale valenza disciplinare non infrequentemente è indissolubilmente connessa alle circostanze estrinseche di contesto oltre che a quelle intrinseche della condotta»¹⁰⁷. Sulla stessa linea si muovono il Tribunale di Ravenna del 18.3.2013¹⁰⁸, il Tribunale di Roma del 4.4.2013¹⁰⁹, il Tribunale di Trieste del 15.4.2013¹¹⁰, il Tribunale di Milano del 30.1.2013 (dott. Piera Gasparini), il Tribunale di Messina del 25.3.2013¹¹¹, la Corte di Appello di Milano del 28.10.2013¹¹² e molte altre¹¹³.

Mi sembra che le argomentazioni descritte siano difficilmente superabili. Il «fatto» nella sua componente esclusivamente oggettiva può assumere rilievo nei casi in cui il lavoratore non ha materialmente compiuto l'azione o l'omissione oppure non ha causato l'evento. Quando, al contrario, esso sia riconducibile al soggetto destinatario della contestazione, in linea generale dovrà essere considerato nella sua dimensione complessiva di «fatto disciplinarmente rilevante», inclusivo quindi della imputabilità e dell'elemento soggettivo considerato in tutti i suoi aspetti¹¹⁴.

¹⁰⁷ Trib. Palmi 24.4.2013, dott. Natalino Sapone (R.G. 56/2013), il quale prosegue che «non esiste, in un contesto in cui si controverte sulla legittimità di un licenziamento disciplinare, neutralità e purezza del dato empirico; non si dà un dato puramente fenomenologico impermeabile a qualsivoglia profilo valutativo. È un'illusione che porta a risultati iniqui e incongrui quella di porsi alla ricerca di fatti da cogliere nella loro nuda storicità, decontestualizzati e depurati da qualsivoglia prospettiva valutativa». Il riferimento al «fatto contestato» e non al semplice «fatto» era stato da me sottolineato (SPEZIALE, 2013, 333) ed è particolarmente valorizzato da DEL PUNTA, 2013b, 21, da F. CARINCI, 2012d, 1116, da BARBIERI, 2013, 31 e da CESTER, 2013, 32.

¹⁰⁸ Secondo il quale «la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo) alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata (secondo la legge ed il C.C.N.L.). E per fatto occorre intendere quello costituente illecito disciplinare (integrante giusta causa) alla luce della fattispecie concreta (che si giudica in base alla contestazione)...» (Dott. Rivero).

¹⁰⁹ L'ordinanza (dott. Maria Giulia Cosentino, R.G. n. 39795/2012) riproduce le stesse identiche parole del Tribunale di Ravenna citata nella nota precedente.

¹¹⁰ Dott.ssa Annalisa Multari (R. G. 941/2012).

¹¹¹ Dott.ssa Di Bella (R. G. 6182/2013).

¹¹² Dott.ssa Bianchini (R. G. 1400/2013), in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucceditore.it/pronunce.php.

¹¹³ Si vedano, ad esempio, Trib. Milano 18.12.2012 (dott. Scarsella, R. G. 12733/2012), Trib. Ancona 26.11.2012 (dott. Sbrano), Trib. Trento 29.1.2013 (dott. Flaim, R.G. 564/2012); Trib. Milano 27.3.2013 (dott. Cipolla) in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucceditore.it/pronunce.php. e le altre citate da BIASI, 2013, 26 - 28.

¹¹⁴ Cfr, ad es. Trib. Trento 29.01.2013 (dott. Flaim, R.G. n. 564/2012) che, in base ad una valutazione delle prove documentali e testimoniali, ritiene plausibili le giustificazioni del lavoratore e sostiene che il fatto contestato (essersi assentato dal lavoro per ferie pur senza autorizzazione al godimento del periodo di riposo) in verità doveva ritenersi «insussistente» non nella sua componente oggettiva ma in considerazione di tutti gli elementi che avevano

6. Il licenziamento disciplinare.

La previsione di diversi regimi sanzionatori per il licenziamento disciplinare costituisce indubbiamente uno degli aspetti più complessi della nuova disciplina. La legge, infatti, prevede la «reintegra attenuata» nel caso della «insussistenza del fatto contestato» o qualora esso sia riconducibile ad una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo. Mentre nelle «altre ipotesi» vi è solo il risarcimento del danno.

Sgombrato il campo da una lettura della «insussistenza del fatto» riferita esclusivamente agli elementi oggettivi, ho proposto un'interpretazione che gradua il sistema sanzionatorio in base ad un giudizio di proporzionalità svolto anche alla luce dell'art. 2106 c.c. Questa disposizione, infatti, anche se eliminata dal testo finale della riforma (che originariamente l'aveva espressamente contemplata), non è stata certamente abrogata e costituisce un criterio fondamentale di commisurazione della sanzione al comportamento attribuito al lavoratore. Tra l'altro ho osservato che la reintegra opera *anche* quando il contratto collettivo stabilisce, per quel fatto, una sanzione conservativa. Il giudice, quindi, anche se attraverso il «filtro» dell'autonomia collettiva, deve comunque valutare la gravità dell'addebito. E questo anche considerando che in molti casi i contratti collettivi non prevedono espressamente una specifica sanzione connessa ad un determinato comportamento, ma si limitano a delegare all'interprete quale provvedimento disciplinare deve essere applicato per la medesima azione/omissione e sempre in proporzione alla sua gravità¹¹⁵. D'altra parte, in presenza delle nozioni di g. causa e g. motivo soggettivo (rimaste immutate), necessariamente il giudice deve verificare se «il fatto contestato» sia di rilievo tale da essere ricondotto a queste nozioni legali, con un giudizio che implica una valutazione della adeguatezza del rapporto tra comportamento e sanzione.

Inoltre, ho sostenuto che il criterio della proporzionalità deve essere applicato anche nelle diverse ipotesi in cui autonomia collettiva o codici disciplinari non prevedono nulla. E questo sia perché è impossibile non considerare le fonti normative in materia (che esistono e obbligano il giudice a tenerne conto), sia per evitare una irrazionale disparità di trattamento, con violazione del principio di uguaglianza. In caso contrario, infatti, si creerebbe una non omogeneità di disciplina tra comportamenti non gravi, puniti con sanzioni conservative dal contratto collettivo e dal codice (con diritto alla reintegrazione), e fatti non

qualificato il suo comportamento. Pertanto Il giudice ha applicato la tutela di cui all'art. 18, comma 4, l. 300/1970. In senso analogo Trib. Messina 25.3.2013 (dott.ssa Di Bella, R.G. 6182/2012), che ritiene i fatti esistenti dal punto di vista materiale, ma tali da non configurare la violazione dell'art. 2104 c.c.

¹¹⁵ Ho criticato la tesi secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi solo quando vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni (SPEZIALE, 2013, 335 – 336).

contemplati da questi atti negoziali o unilaterali ma che tuttavia hanno la medesima gravità. Questi ultimi, infatti, nonostante non potrebbero essere sanzionati con il licenziamento ai sensi dell'art. 2106 c.c., non attribuirebbero al lavoratore il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Senza dimenticare che la legge attribuisce a contratti collettivi e codici carattere vincolante, ma non elimina, per i casi non previsti, il potere del giudice di valutare la gravità dell'infrazione in base alla legge¹¹⁶.

In sostanza, mi sembra che il giudice è chiamato ad una valutazione complessa articolabile in più «gradi». In primo luogo deve verificare se il fatto contestato sia concretamente attribuibile al lavoratore, applicando in caso contrario la reintegra¹¹⁷. Poi è necessario controllare se il comportamento contestato sia punibile con una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo e, in caso di risposta affermativa, accertare la illegittimità del recesso ed ordinare la reintegrazione. Ad analoghe conseguenze si dovrebbe giungere qualora il fatto, pur non espressamente punibile con una multa od una sospensione secondo il contratto collettivo, abbia una gravità tale da meritare soltanto queste tipologie di provvedimenti disciplinari.

Quando il «fatto sussiste» e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 c.c., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure potrà ritenere che la condotta abbia una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa o una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest'ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18, trattandosi di una delle «altre ipotesi» di licenziamento ingiustificato¹¹⁸.

¹¹⁶ È come se, fermo restando le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, la legge, ai fini della legittimità del licenziamento, obbligasse il giudice a considerare le causali previste dai contratti collettivi in tema di recesso (che sono oggi soltanto un parametro di riferimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, della l. 183/2010). In queste situazioni il magistrato dovrebbe applicare le fattispecie contrattuali, senza verificarne la coerenza, sotto il profilo della gravità, con quanto previsto dalla legge. Ma, in tutti i casi non contemplati, dovrebbe sempre valutare se il fatto contestato sia riconducibile o meno all'art. 2119 c.c. o all'art. 3 della l. 604/1966.

¹¹⁷ S'immagini la situazione in cui si accerti che il dipendente non ha commesso il fatto o che le sue conseguenze siano completamente indipendenti dalla sua volontà.

¹¹⁸ Le tesi indicate nel testo sono state espresse in modo più analitico ed approfondito in *SPEZIALE*, 2012, 550 ss.; *ID.*, 2013, 331 ss.

L'interpretazione da me proposta è stata variamente criticata¹¹⁹, ma ha anche trovato in parte significativi consensi¹²⁰. L'analisi della giurisprudenza di merito mi sembra confermare alcune delle proposte interpretative da me avanzate.

Vi sono alcune sentenze che ricostruiscono la nuova disciplina dell'art. 18 in piena coerenza con quanto da me prospettato, in rapporto al principio di proporzionalità, al criterio con cui distinguere sanzione reintegratoria e quella risarcitoria, al ruolo dell'autonomia collettiva ecc. Il Tribunale di Taranto¹²¹, ad esempio, sostiene che *«la formula dell'“insussistenza del fatto contestato”, cui consegue la tutela reintegratoria (è) riferita all'ipotesi in cui il fatto “giuridico” (disciplinarmente rilevante) è risultato inesistente in modo assoluto, a quello in cui è emerso che il lavoratore non lo ha commesso o non è stata raggiunta una sufficiente prova che lo abbia commesso nonché, ancora, alla ipotesi in cui il fatto contestato, sussistente o meno, postuli secondo il contratto collettivo una sanzione conservativa. La tutela risarcitoria va applicata, invece, quando il “fatto giuridico” (disciplinarmente rilevante) sussiste (nella sua materialità e consapevolezza soggettiva), ma non viene ritenuto tale da concretizzare la giusta causa o giustificato motivo soggettivo»* (p. 15). Inoltre, *«in assenza di codice disciplinare ed in mancanza, nel contratto collettivo, di una graduazione di condotte inadempienti e di sanzioni occorre nondimeno ipotizzare una scala simile (ad opera del giudice, che dovrà distinguere tra condotte inadempienti che sarebbero astrattamente passibili di licenziamento disciplinare e condotte, pur inadempienti ma meno gravi, che sono astrattamente passibili solo di sanzioni conservative)»* (pp. 9 – 10). Infine, in sede di valutazione del comportamento del lavoratore *«occorrerà ponderare adeguatamente la colpa..., graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, sì da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; ovvero non così grave ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa, sì da fondare un licenziamento con preavviso ed indennità risarcitoria»* (p. 12).

Il Tribunale di Ravenna¹²² sottolinea che quando il comportamento addebitato al lavoratore sia di lieve entità, la mancanza di giusta causa o giustificato motivo comporta l'applicazione della reintegra in base *«alla perdurante applicazione del principio di proporzionalità, che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia»* (p. 12). Infatti, *«va*

¹¹⁹ Oltre agli autori da me indicati in SPEZIALE, 2013, 328 ss., si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, DEL PUNTA, 2013b, 26 ss.; TREMOLADA, 2013, 119 ss.; PERSIANI, 2013, 5 ss.; DE LUCA TAMAJO, 2012, 1064 ss.; ROMEI, 2012, 1080 ss.; M. T. CARINCI, 2012c, 1059 (anche se questa a. concorda con una parte delle mie tesi).

¹²⁰ Tra questi, ad esempio, F. CARINCI, 2013, 493 ss.; SANTORO PASSARELLI, 2013, 233 – 234; GALARDI, 2013, 291 ss. (pur con qualche distinzione); MAZZOTTA, 2013, 248 ss.

¹²¹ Trib. Taranto 3.6.2013 (dott. Magazzino, R.G. 1450/2013).

¹²² Dott. Rivero, 18.3.2013.

considerato come la stessa previsione di legge, prescrivendo che dinanzi ad un fatto tipico punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari) il giudice debba applicare la reintegra, rende evidente come il giudizio di proporzionalità abbia ancora mantenuto il suo valore essenziale nella scelta della stessa tutela. Per disposizione della legge quindi il giudice applica la reintegra quanto il fatto tipico è punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari). È corretto inoltre ritenere che lo stesso criterio, per identità di ratio, il giudice debba applicare quando il fatto tipico esista ma non sia in concreto grave in assenza di una qualsiasi tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi o nel codice disciplinare. Non si potrebbe giustificare dinanzi a un fatto lieve un trattamento differente: non si capirebbe perché se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo si debba applicare la reintegra; mentre se un fatto lieve è accertato come tale dal giudice in carenza di una puntuale tipizzazione si debba applicare soltanto la tutela l'obbligatoria; tanto più se si pensa come in ogni campo del diritto la sanzione va commisurata (come qui si ritiene) all'entità del fatto e non alla colpa del datore» (pp. 12 - 13).

Il Tribunale di Roma¹²³ conferma questa interpretazione (utilizzando le medesime parole del Tribunale di Ravenna). L'ordinanza, in base al principio di proporzionalità «che ancora mantiene un ruolo fondamentale in materia» (p. 4), ribadisce che se il comportamento contestato non è tale da integrare una giusta causa e si tratta di un «fatto lieve» (anche se non previsto dal contratto collettivo come punibile con sanzione conservativa) occorre applicare la reintegrazione (pp. 4 - 5). Il Tribunale di Bologna del 24.07.2013¹²⁴ sottolinea che se «la mancanza contestata sia un ritardo di 10 minuti e il datore provi la sussistenza del fatto a carico del lavoratore, potrà essere sempre disposta la reintegrazione trattandosi di un inadempimento di scarsa rilevanza, che non consente il recesso alla parte datoriale, ancorché con il pagamento della penale prevista dalla legge; o, in altri termini, non essendo possibile configurare un'ipotesi astratta di giusta causa o di giustificato motivo» (p. 4)¹²⁵.

¹²³ 4 aprile 2013 (Dott.ssa Maria Giulia Cosentino, R. G. 39795/2012).

¹²⁴ Dott. Benassi, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

¹²⁵ La sentenza prosegue affermando che «in sintesi la tutela reintegratoria e risarcitoria c.d. debole dovrebbe trovare applicazione quando il datore di lavoro non provi il fatto contestato e l'imputabilità del fatto al lavoratore oppure quando sussista una causa di esclusione dell'inadempimento del prestatore di lavoro; e, altresì, quando il fatto come ricostruito sia punito dalla contrattazione collettiva con una sanzione disciplinare conservativa o, comunque, non rientri nella nozione legale di giusta causa di giustificato motivo soggettivo. Qualora, invece, il licenziamento venga considerato illegittimo per difetto di adeguatezza e di proporzionalità della sanzione inflitta, cioè si sia comunque in presenza di un inadempimento di non scarsa rilevanza, trova, infine, applicazione la sola tutela risarcitoria» (p. 4). Mi sembra che la sentenza si muova nell'ambito della interpretazione da me proposta (pur con qualche differenza).

Una parte consistente di decisioni, a dire il vero, ribadisce la necessaria applicazione dell'art. 2106¹²⁶ c.c. e del principio di proporzionalità come elemento per valutare la sussistenza o meno della causa giustificativa del recesso e per «graduare» la sanzione tra «reintegra attenuata» o «indennità risarcitoria forte»¹²⁷. Le ordinanze, ovviamente, arrivano a conclusioni diverse in relazione al regime degli effetti applicabile. Esse tuttavia dimostrano come molti giudici ritengano che le sanzioni connesse al nuovo art. 18 non possono essere selezionate alla luce della sola esistenza materiale del fatto o della sua inclusione nelle sanzioni conservative da parte della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari, ma richiedano un giudizio più complesso. Alcune di esse, inoltre, arrivano ad applicare la «reintegra attenuata» anche in considerazione della riconducibilità del fatto tra le ipotesi per le quali i contratti collettivi prevedono sospensioni o multe¹²⁸. Comunque esse si fondano sempre su una valutazione della gravità dei comportamenti e della proporzionalità della sanzione¹²⁹.

Un'altra osservazione che è possibile dedurre dall'analisi delle decisioni dei giudici di merito è l'utilizzazione estensiva dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi. In tale ambito le pronunce usano i ccnl per escludere la giusta causa ed applicare la reintegra perché i comportamenti sono ricompresi tra le sanzioni conservative¹³⁰. Oppure perché, in negativo, il fatto contestato non è tra quelli per i quali il contratto collettivo prevede il licenziamento o per entrambe le ragioni

¹²⁶ Trib. Roma 14.1.2013 (dott. Valle, R. G. 35289/2012) fa espressamente riferimento alla disposizione del codice civile. In senso analogo Trib. Ravenna citata nel testo, p. 12.

¹²⁷ Oltre alle due sentenze citate nella nota precedente, cfr. Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012); Trib. Milano 20.3.2013 (dott. Scarzella); Trib. Milano 16.4.2013 (dott. Porcelli, R. G. 2894/2013): su queste decisioni si rinvia a BIASI, 2013, 32 – 33. Si vedano anche Trib. Milano 28.1.2013 (dott. Lualdi); Trib. Ancona 31.3.2013 (dott.ssa Sbrano); Trib. Taranto 3.6.2013 (dott. Magazzino, R.G. 1450/2013); Trib. Genova 6.5.2013 (dott.ssa Scotto); Trib. Genova 14.5.2013 (dott.ssa Scotto); Trib. Roma 4.4.2013 (dott.ssa Maria Giulia Cosentino, R. G. 39795/2012), Trib. Bologna 22.3.2013 (dott. Sorgi).

¹²⁸ E' questo il caso, ad esempio, del Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012); Trib. Milano 20.3.2013 (dott. Scarzella), Trib. Bologna 24.7.2013 (dott. Benassi), in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucceditore.it/pronunce.php, p. 5.

¹²⁹ Cfr., ad es., C. App. Milano 28.10.2013 (dott.ssa Bianchini, R.G. 1400/2013) in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucceditore.it/pronunce.php; Trib. Milano 23.4.2013 (dott. ssa Porcelli), *ivi*.

¹³⁰ Oltre alle sentenze citate nella nota 128, cfr. Trib. Bologna 15.10.2012 (dott. Marchesini, R.G. 2631/2012), C. App. Bologna 23.4.2013 n. 604 (in *Guida al lavoro* 2013, n. 20, 80 e che conferma Trib. Bologna 15.10.2012); Trib. Bologna 25.9.2012 (dott. Coco, R. G. 2602/2102); Trib. Bologna 22.3.2013 (dott. Sorgi, R. G. 3484/2012, che applica la tutela «indennitaria forte» perché si trattava di un socio di cooperativa escluso dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori); Trib. Ravenna 18.3.2013 (dott. Rivero), *cit.*; Trib. Roma 18.4.2013 (dott.ssa Leone, R. G. 736/2013); Trib. Catania 19.4.2013 (dott. Fiorentino, R. G. 11302/2012); Trib. Bergamo 4.4.2013 (dott.ssa Bartoncini, R. G. 68/2013); Trib. Bologna 24.7.2013 (dott. Benassi), in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacucceditore.it/pronunce.php, p. 5.

(inclusione del comportamento tra i fatti per i quali è stabilita l'ammonizione, la multa o la sospensione e non tra le ipotesi di licenziamento disciplinare)¹³¹. Tra l'altro le sanzioni conservative sono applicate sia quando il fatto contestato è riconducibile espressamente ad un provvedimento disciplinare tipizzato, sia quando spetta al giudice graduare, al loro interno, quello che è ritenuto appropriato. In quest'ultimo caso si ritiene che la inclusione tra i comportamenti che meritano una ammonizione, una multa o una sospensione sia di per sé sufficiente ad escludere la ragione giustificativa del recesso¹³².

La valorizzazione dell'autonomia collettiva è uno degli obiettivi perseguiti dalla riforma che intende reprimere «un *grave abuso del potere di licenziamento per ragioni disciplinari*, la cui gravità, tuttavia, non deriva soltanto dalla sproporzione della reazione disciplinare, cioè dalla mera circostanza della punibilità del fatto...con una sanzione conservativa, bensì *dalla conoscenza e/o conoscibilità preventiva, da parte del datore di lavoro, di tale più ridotta punibilità sulla base delle previsioni dei contratti collettivi*»¹³³. Le decisioni sopra indicate dimostrano che, almeno da questo punto di vista, la nuova disciplina ha un impatto positivo, perché facilita il lavoro del giudice (e riduce la sua discrezionalità) tramite un riferimento costante ai contratti collettivi sia in positivo (il fatto è punito con una sanzione conservativa) sia in senso negativo (esso non è incluso tra le ipotesi di licenziamento). Una valorizzazione che può attribuire maggiore importanza anche a quella parte dei contratti non obbligatori per il giudice (che può solo «tenere conto» delle tipizzazioni di giusta causa o giustificato motivo)¹³⁴ e si spera possa sollecitare una revisione dei codici disciplinari previsti dai contratti collettivi, spingendo le parti sociali a redigerli in modo più dettagliato e esaustivo.

¹³¹ Ad esempio Trib. Milano 28.1.2013 (dott. Lualdi, R. G. 14796/2012) applica la «reintegra attenuata» perché il fatto non è previsto dal ccnl come giusta causa di recesso. Trib. Roma 4.4.2013 (dott. Armone, R. G. 32596/2012) assume la propria decisione in base ad una approfondita analisi del ccnl sia in relazione alle sanzioni conservative sia a quelle che legittimano il licenziamento. Lo stesso può dirsi per la reintegrazione disposta da Trib. Roma 18.4.2013 (dott.ssa Leone, R. G. 736/2013) e per le ordinanze del Trib. Catania 19.4.2013 (dott. Fiorentino, R. G. 11302/2012); Trib. Bergamo 4.4.2013 (dott.ssa Bartoncini, R. G. 68/2013). Si vedano anche Trib. Ancona 31.1.2013 (dott.ssa Sbano) e Trib. Milano 20.3.2013 (dott. Scarzella). La Corte di Appello di Milano (28.10.2013, dott.ssa Bianchini, R. G. 1400/2013, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.) applica il risarcimento del danno nel caso di un comportamento non previsto dal ccnl come sanzione conservativa o come giusta causa di recesso. Si veda anche Trib. Bologna 24.7.2013 (dott. Benassi) che riconduce il fatto contestato alle sanzioni conservative del ccnl e rileva come esso non sia ascrivibile alle ipotesi di giusta causa ivi previste.

¹³² Queste ordinanze accolgono la tesi da me espressa secondo la quale i contratti collettivi possono applicarsi anche quando non vi è un'elencazione tassativa dei fatti e delle relative sanzioni (SPEZIALE, 2013, 335 – 336).

¹³³ DEL PUNTA, 2013b, 23.

¹³⁴ Art. 30, comma 3, l. 183/2010.

Sempre in relazione alle regole disciplinari dei contratti collettivi, alcune ordinanze hanno ritenuto che i comportamenti contestati, pur non espressamente riconducibili alle sanzioni conservative contenute nei ccnl, fossero ad essi assimilabili per «analogia di gravità»¹³⁵ o perché comunque ritenuti analoghi a quelli ivi previsti¹³⁶. Questa giurisprudenza sembrerebbe dunque accogliere l'opzione interpretativa da me proposta al fine di evitare una irrazionale disparità di trattamento e la conseguente violazione del principio di eguaglianza. La mia tesi è stata criticata in quanto si è sostenuto che in questo caso il magistrato verrebbe ad interpretare analogicamente il contratto collettivo, con una operazione vietata¹³⁷. In verità questa obiezione non può essere applicata alle sentenze che si stanno esaminando. Esse, infatti, utilizzano in molti casi tipologie molto estese di comportamenti disciplinari previsti dai contratti collettivi, come la commissione di «*qualunque atto che porti pregiudizio alla sicurezza dell'azienda*»¹³⁸ o nel caso di «*condotte contrarie al dovere di diligenza, ai regolamenti interni, alla disciplina e alla morale...*». In queste ipotesi, quindi, vi è soltanto l'uso di formulazioni ampie dei contratti collettivi, che configurano delle «clausole generali» di individuazione di fatti disciplinarmente rilevanti non contemplati nelle altre esemplificazioni contrattuali. Qui, dunque, vi è applicazione diretta del contratto collettivo e non interpretazione estensiva o analogica.

Mi sembra, peraltro, che la mia proposta interpretativa (il giudice deve ordinare la reintegra quando il fatto contestato, pur non incluso tra le sanzioni conservative del contratto collettivo, ha una gravità equiparabile a quelle ivi previste) non possa essere assimilata alla interpretazione analogica. L'analogia, infatti, presuppone che vi sia una lacuna normativa e che essa venga risolta con l'applicazione di un'altra disciplina esistente per un'altra fattispecie espressamente regolata dalla legge (o dal contratto collettivo nel nostro caso). L'estensione presuppone che tra il caso regolato e quello non disciplinato vi sia una «somiglianza rilevante», da intendersi come *ratio legis*¹³⁹. Nella situazione da me prospettata non esiste una lacuna normativa. Il giudice è chiamato a valutare il comportamento del lavoratore in base a vari parametri normativi relativi alla giustificazione del recesso (artt. 2919 c.c. e art. 3 l. 604/1966), al principio di proporzionalità (art. 2106 c.c.) ed al regime degli effetti

¹³⁵ Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012).

¹³⁶ Trib. Milano, 20.3.2013 (dott. Scarzella); Trib. Roma 14.1.2013 (dott. Valle, R. G. 35289/2012). Su queste sentenze si rinvia anche all'analisi di BIASI, 2013, 32.

¹³⁷ DEL PUNTA, 2013b, 25, a cui si rinvia per l'indicazione degli autori (tra i quali sono incluso) che appunto ritengono si tratterebbe di interpretazione analogica. Sul divieto di interpretazione analogica del contratto collettivo cfr. Cass. 23.12.2002 n. 18294; Cass. 17.7.1995 n. 7763. In generale, sul tema, cfr. AA.VV., 2004; GUERRA, 2008, 669 ss.

¹³⁸ Trib. Milano 1.3.2013 (dott. Scarzella, R. G. 14681/2012), che si riferisce a questa dizione del ccnl di categoria.

¹³⁹ BOBBIO N., 1968, 603; ID., 1938; GUASTINI R., 2004, 154 ss.; Cass. 11.4.1962 n. 699; Cass. 19.4.1961 n. 863 e molte altre.

applicabile (art. 18, c. 4, l. 300/1970). Il magistrato, dunque, opera con un normale giudizio di sussunzione senza dover colmare alcun «vuoto» giuridico. Il contratto collettivo, inoltre, non è esteso analogicamente ad un caso diverso, ma opera semplicemente come parametro di riferimento della gravità del comportamento, per consentire al magistrato di comprendere se il fatto contestato possa essere assimilato, sotto il profilo della rilevanza e della responsabilità del lavoratore, a quelli previsti dal codice contrattuale. Si tratta di un procedimento simile (anche se non identico) a quello con cui il giudice, ai sensi dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2099 c.c., utilizza il contratto collettivo come parametro del salario sufficiente anche per contratti di lavoro ai quali il ccnl non sia direttamente applicabile. In queste ipotesi nessuno ha mai pensato che si fosse in presenza di una applicazione analogica del contratto collettivo.

Si è già detto come molte sentenze applicano la «reintegra attenuata» anche quando il fatto giuridico contestato è esistente ma è riconducibile alle sanzioni conservative previste dal contratto collettivo o, pur non incluso tra esse, ha una gravità equivalente ai comportamenti puniti con una multa o una sospensione. Altre, invece, arrivano alle stesse conclusioni in base ad un criterio di proporzionalità, quando l'azione/omissione addebitata non è tale da giustificare una giusta causa o un g. motivo di licenziamento. Vi sono peraltro anche orientamenti diversi.

Alcune ordinanze, infatti, ritengono che la nuova disciplina «*pare imporre uno sdoppiamento, sul piano funzionale, della verifica della legittimità del licenziamento rispetto alla successiva determinazione della sanzione eventualmente applicabile in caso di illegittimità del recesso. La prima operazione costa nella valutazione della idoneità del comportamento del dipendente ad integrare una giusta causa o giustificato motivo soggettivo alla stregua dei principi - non modificati dalla novella legislativa - enucleati al riguardo da una giurisprudenza ormai consolidata. In caso di accertata illegittimità del licenziamento, il giudice deve, poi, individuare la sanzione da adottarsi nel caso concreto, applicando i criteri descrittivi stabiliti dal novellato art. 18, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro (associata ad una indennità massima di 12 mensilità di retribuzione) soltanto in due ipotesi e precisamente quando "il fatto contestato non sussiste" e quando "il fatto rientra tra le condotte punibili solo con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti o dei codici disciplinari applicabili". In tutte le "altre ipotesi", secondo la nuova versione dell'art. 18, il lavoratore non ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ma soltanto ad un'indennità onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale*»¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Trib. Genova 14.5.2013 (dott.ssa Scotto). Questo «sdoppiamento» di indagine era stato proposto da MARESCA, 2012, 435 ss. ed accolto da DE LUCA TAMAJO, 2012, 1064 ss.

Queste pronunce giurisdizionali ritengono che, in base alla istruttoria, i comportamenti contestati al lavoratore sono sussistenti ed ascrivibili alla sua responsabilità (alla luce del principio del «fatto giuridico»). Essi, tuttavia, non hanno una gravità tale da configurare una giusta causa o giustificato motivo di recesso, né sono riconducibili alle sanzioni conservative previste dal contratto collettivo. Pertanto, la sanzione applicabile è l'indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell'art. 18, con un risarcimento che viene graduato in base ai criteri previsti dalla legge¹⁴¹. Tale giurisprudenza, dunque, pur applicando il principio di proporzionalità, ritiene che la sussistenza del «fatto giuridico» e l'impossibilità di applicare una multa od una sospensione determinino *necessariamente*, in assenza di una legittima causa di recesso, l'applicazione del risarcimento del danno. Le decisioni descritte non ritengono opportuno verificare se, pur non contemplato espressamente tra le sanzioni conservative, il fatto possa meritare, ai sensi dell'art. 2106 c.c., analogo sanzione. Esse inoltre non legano il risarcimento al fatto che il comportamento ha una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe una sanzione conservativa e quella che legittimerebbe il recesso.

Questa ricostruzione, che non condivido, è peraltro indicativa di un possibile sviluppo interpretativo della giurisprudenza, che non è dato sapere se ed in che misura verrà a consolidarsi. Si può constatare che, nel momento in cui si scrive, la giurisprudenza sembra orientata in misura prevalente a seguire il diverso orientamento prima descritto, anche alla luce dell'utilizzazione estensiva dei contratti collettivi. Tra l'altro i codici contrattuali vengono ulteriormente valorizzati da quelle decisioni che ne analizzano il rilievo dal punto di vista processuale. È questo il caso, ad esempio, del Tribunale di Milano del 16.4.2013¹⁴² che ha condannato la società a corrispondere al lavoratore l'indennità risarcitoria di cui al comma 5 dell'art. 18 perché il dipendente non ha «*allegato e prodotto le disposizioni del ccnl o del codice disciplinare sui comportamenti passibili di sanzione conservativa*»¹⁴³. Mentre il Tribunale di Milano del 28.12.2012¹⁴⁴ riconosce il risarcimento del danno anche perché «*la difesa della parte ricorrente nemmeno compie lo sforzo di individuare quale sanzione ritiene astrattamente applicabile e la ragione per la quale la ritiene integrata dalla condotta posta in essere dal ricorrente*».

¹⁴¹ Oltre a Trib. Genova 14.5.2013, cit., cfr. Trib. Voghera 14.3.2013 (dott.ssa Dossi, R. G. 1/2013); Trib. Milano, 23.4.2013 (dott.ssa Porcelli); Trib. Milano 28.12.2012 (dott. Cipolla, R. G. 13537/2012).

¹⁴² Dott. Porcelli, R. G. 2894/2013.

¹⁴³ In senso contrario Trib. Bologna 25.9.2012 (dott. Coco, R. G. 2602/2012) che ha invece acquisito d'ufficio il testo del contratto collettivo per verificare a quale sanzione disciplinare potesse essere ricondotto il «fatto».

¹⁴⁴ Dott. Cipolla, R. G. 13537/2012.

Il Tribunale di Milano del 27.4.2013¹⁴⁵ afferma che la violazione del principio dell'immediatezza del recesso attiene ad un profilo sostanziale di ingiustificatezza del licenziamento che esclude la sua legittimità¹⁴⁶. Tuttavia il giudice, poiché ritiene che il fatto «nella sua dimensione oggettiva e soggettiva» sussiste, applica l'indennità risarcitoria prevista dal comma 5 dell'art. 18. Altre sentenze, invece, ritengono che la tardività della contestazione disciplinare va considerata come un vizio meramente formale, a cui consegue il regime risarcitorio previsto dal comma 6 dell'art. 18¹⁴⁷. In realtà mi sembra indiscutibile che il ritardo nella contestazione e nella irrogazione del recesso, salvo i casi in cui sono giustificati da ragioni di approfondimento istruttorio o di carenza di informazioni, esprimono in modo indiscutibile una autovalutazione del valore del comportamento addebitato. In sostanza, il datore di lavoro – non reagendo tempestivamente – ritiene che il fatto non è di per sé tale da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto e, quindi, non configuri una giusta causa. Pertanto la violazione dei principi di immediatezza necessariamente si riflette sulla inesistenza sostanziale dalla causale e non può essere ascritta ad una semplice violazione procedurale¹⁴⁸. Ne dovrebbe, inoltre, derivare l'applicazione della «reintegra attenuata» perché è lo stesso atteggiamento del datore di lavoro a rivelare che egli ritiene che il «fatto contestato» è «insussistente» sotto il profilo materiale o della stessa gravità della lesione del vincolo fiduciario, con applicazione, quindi, della sanzione più forte¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Dott.ssa Cipolla, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

¹⁴⁶ Viene quindi accolta la tesi, prospettata in dottrina, secondo cui questo vizio non può essere ascritto alle violazioni procedurali del licenziamento represso esclusivamente con il risarcimento del danno in misura ridotta. Si rinvia, sul punto, a GALARDI, 2013, 305.

¹⁴⁷ Il Tribunale di Ancona del 26.11.2012 (dott.ssa Sbrano, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.) afferma che «la mancanza di tempestività della contestazione, costituendo un vizio della procedura di contestazione prevista dall'art. 7 St. Lav. dovrebbe trovare la propria regolamentazione all'interno del comma 6 del nuovo art. 18 che, in caso di accertata violazione della procedura de quo, prevede la risoluzione del rapporto di lavoro con riconoscimento al dipendente di una mera indennità risarcitoria determinata, in relazione alla gravità della violazione procedurale, tra un minimo di sei ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Viene, tuttavia, fatta salva l'ipotesi in cui il giudice accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento nel qual caso troveranno applicazione le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo». Nel caso concreto il magistrato ritiene che si tratti di un'ipotesi di insussistenza del fatto e quindi ordina la reintegra. Tuttavia il giudice sembra ricondurre la violazione del principio dell'immediatezza nell'ambito della tutela risarcitoria per i vizi procedurali. In senso analogo Trib. Santa Maria Capua Vetere del 2.4.2013 (dott. Cervelli, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 213 ss.) che, in una ipotesi di di tardività della contestazione disciplinare anche alla luce della procedura prevista da C.C.N.L., applica «le conseguenze sanzionatorie dettate dall'art. 18 comma 6 St. lav...» (p. 214).

¹⁴⁸ In tal senso, PISANI, 2013, 267 ss., 270; BARBIERI, 2013, 46; GALARDI, 2013, 305.

¹⁴⁹ Così anche BARBIERI, 2013, 46; MARAZZA, 2012, 633; TATARELLI, 2012, 454; GALARDI, 2013, 295. *Contra* PISANI, 2013, 270; TREMOLADA, 2013, 130. MAZZOTTA (2013, 250 – 251)

Una menzione particolare merita il Tribunale di Triste del 15.4.2013¹⁵⁰. La sentenza, infatti, ritiene che il lavoratore abbia commesso il fatto giuridico contestato e che esso consista in una «violazione tipizzata dalle norme collettive con una condotta sanzionabile con il recesso», senza possibilità di applicare una sanzione conservativa. Tuttavia il magistrato ritiene che vi siano «circostanze attenuanti». Con la conseguenza che, in una «valutazione anche della proporzione della sanzione applicata rispetto alla condotta», il licenziamento doveva considerarsi ingiustificato, «ma le sue conseguenze non possono essere quelle della tutela derivante dal suo annullamento bensì quelle attenuate di cui al comma V° dell'art. 18 novellato cit. del mero risarcimento del danno da un minimo di 12 mensilità ad un massimo di 24». L'ordinanza sembra confermare la tesi della «gravità intermedia» del fatto tra quello che meriterebbe una multa od una sospensione e quello tale da legittimare la giusta causa di recesso.

7. Il licenziamento economico.

La nuova formulazione dell'art. 18 introduce un sistema «binario» anche per il g. motivo oggettivo connesso a ragioni economiche ed organizzative. Se il giudice accerta la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro. Invece, «nelle altre ipotesi», condanna solo al risarcimento del danno (art. 18, comma 7, secondo periodo).

Ho già analizzato i problemi legati a queste disposizioni, che hanno animato un dibattito molto esteso ed approfondito¹⁵¹. Le principali questioni interpretative sono quelle relative alla individuazione del «fatto posto a base del licenziamento», al significato della «manifesta insussistenza» e delle «altre ipotesi», al carattere facoltativo della reintegrazione. Non intendo qui ripercorrere le opinioni espresse in materia e mi limiterò ad alcune osservazioni strettamente connesse alle prime pronunce della giurisprudenza.

Va subito osservato che le ordinanze in materia di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo sono ancora poche ed in numero più ridotto rispetto a quelle relative al recesso disciplinare. La esiguità delle decisioni è strana, anche perché inserita in un contesto economico assai negativo che, nell'anno e mezzo successivo all'entrata in

esclude la possibile applicazione della tutela indennitaria e di quella risarcitoria, ritenendo che «una reazione sanzionatoria intempestiva rifluisca nel motivo illecito», con conseguente applicazione dell'art. 18, c. 1.

¹⁵⁰ Dott.ssa Multari, R. G. 941/2012.

¹⁵¹ SPEZIALE, 2012, 558 ss.; SPEZIALE, 2013, 341 ss. (a cui rinvio per le indicazioni bibliografiche). Si vedano, anche, DEL PUNTA, 2013b, 28 ss.; BARBIERI, 2013, 40 ss.; PERSIANI, 2013, 17 ss.; NUZZO 2012, 93 ss.; BRUN 2012, 6 ss.; PONTERIO, 2013a, 143 ss.; ID., 2013b, 73 ss.; SANTORO PASSARELLI, 2013, 231 ss.; MAZZOTTA, 2013, 251 ss.; ALBI, 2013, 260 ss.; TOPO, 2013, 153 ss.

vigore della riforma, avrebbe dovuto sollecitare molti licenziamenti economici con il correlativo contenzioso. Questo limitato numero di controversie sollecita due riflessioni. La prima è che probabilmente il tentativo obbligatorio di conciliazione sta producendo effetti deflattivi. A luglio 2013, su 16.000 procedure attivate, il 40% si è concluso con esito positivo¹⁵². D'altra parte, anche nei casi di conciliazione con esito negativo, l'incontro tra il datore di lavoro e il dipendente e la discussione sulle stesse ragioni economiche ed organizzative a fondamento del recesso può aver dissuaso molti lavoratori (magari su consiglio dei propri legali) sull'opportunità di attivare azioni giudiziarie dall'esito incerto.

È possibile anche una seconda interpretazione del numero limitato di ordinanze. La riforma, ad una prima lettura, ha squilibrato le tutele. Infatti il licenziamento economico, con il requisito della insussistenza «manifesta» e della semplice facoltatività della reintegra, sembra garantire alle imprese una maggiore libertà nel licenziamento per g.m.o. rispetto a quello disciplinare. Questa prima impressione, a mio giudizio non è corretta¹⁵³. Tuttavia il nuovo art. 18 poteva essere interpretato in questo modo sollecitando le imprese a seguire la via più facile del recesso economico anche quando vi erano ragioni per un licenziamento disciplinare. Le poche ordinanze disponibili sembrerebbero dire che questo effetto moltiplicatore del giustificato motivo oggettivo in verità non si è verificato. Probabilmente la combinazione tra i due elementi - tentativo obbligatorio di conciliazione ed interpretazioni dottrinarie che hanno fornito una lettura meno permissiva dalla nuova disciplina - può spiegare l'esiguità del contenzioso sino ad oggi esistente.

Nel momento in cui si scrive, una delle poche decisioni che si sono occupate della nozione di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» è quella del Tribunale di Reggio Calabria del 3.6.2013¹⁵⁴. Il giudice ritiene, in primo luogo, che nel g. motivo oggettivo «*la nozione di "fatto" non (è) distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso, anche ai fini dell'applicazione della novella dell'art. 18 legge 300/70 approvata dalla legge 92 del 2012*» (p. 8). Avevo sostenuto questa tesi¹⁵⁵, che è stata argomentata anche da altri autori¹⁵⁶. In verità, come avevo già avuto modo di notare, il fatto

¹⁵² V. *retro* nt. 85.

¹⁵³ SPEZIALE, 2012, 558 ss.; SPEZIALE 2013, 341 ss.

¹⁵⁴ Dott.ssa Patrizia Morabito, R. G. n. 767/2013.

¹⁵⁵ SPEZIALE, 2012, 560 ss.; SPEZIALE, 2013, 331 ss.

¹⁵⁶ Rinvio a SPEZIALE, 2013, 331 per le indicazioni bibliografiche, a cui *adde* CESTER, 2013, 33; DEL PUNTA, 2013b, 28; BARBIERI, 2013, 31; PERSIANI, 2013, 17 ss.; MAZZOTTA, 2013, 252; ALBI, 2013, 275; F. CARINCI, 2013, 503; TOPO, 2013, 169. Per una critica alla formulazione utilizzata dal legislatore ed alla impossibilità di darne spiegazione sia in termini di «fatto materiale» sia quale ragione giuridica del recesso v. PONTERIO, 2013b, 74 ss. Ritengono, al contrario, che il «fatto» vada qui inteso in senso «materiale» PERSIANI, 2013, 18; BRUN, 2012, 192 – 193.

economico e la sua qualificazione giuridica sono indissolubilmente intrecciati e non distinguibili¹⁵⁷.

Il Tribunale afferma poi che il datore di lavoro non ha fornito la prova della soppressione posto di lavoro, e, per tale ragione, conferma la insussistenza del giustificato motivo oggettivo. Il magistrato, tuttavia, sostiene che il «*concetto di insussistenza "manifesta" impone all'interprete di cogliere con criteri soggettivi e temporali il senso della disposizione, che evidentemente intende sanzionare con maggior rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave, che per questo lo obbliga al ripristino del rapporto e non solo al pagamento dell'indennità risarcitoria. Se questo è il senso della disposizione, la "evidenza" della illegittimità del recesso non può che rapportarsi alla posizione ed al punto di vista nonché alle conoscenze datoriali, quali erano all'atto del licenziamento (in tal senso si vuole qui proporre il criterio "soggettivo e temporale"*» (p. 13).

A mio giudizio, la mancata dimostrazione della soppressione del posto di lavoro è un sicuro indice dell'assenza di un giustificato motivo oggettivo e configura un'ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui consegue la reintegra¹⁵⁸, con una tesi che è stata espressa anche da altri autori¹⁵⁹. Tuttavia il giudice, alla luce di alcune suggestioni della dottrina¹⁶⁰, ha considerato che la reintegrazione presuppone una situazione di insussistenza «evidente», con una valutazione *ex ante* da effettuarsi al momento del licenziamento, e caratterizzata da particolare gravità¹⁶¹.

In verità ritengo che l'aggettivo «manifesta» è «ridondante ed enfatico»¹⁶². Il termine vuole soltanto indicare che la ragione economico organizzativa deve essere chiaramente insussistente sia sotto il profilo della evidenza probatoria, sia per quanto riguarda la sua intrinseca idoneità a giustificare il licenziamento¹⁶³. Mi sembra, dunque, che la

¹⁵⁷ Infatti, ad esempio, «la "mancanza di commesse" (che si traduce in una riduzione di attività che rende necessaria la soppressione del posto di lavoro) è sia un "fatto materiale" (accertabile nella sua concretezza esistenza) sia la "ragione inerent(e) all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 l. 604/1966). I due aspetti, scindibili sul piano concettuale, sono difficilmente separabili sul piano giuridico» (SPEZIALE, 2013, 331).

¹⁵⁸ SPEZIALE, 2013, 344 ss.

¹⁵⁹ Rinvio, per le indicazioni bibliografiche, a SPEZIALE, 2013, 344 ss. a cui *adde* gli autori citati nella successiva nt. 169.

¹⁶⁰ VALLEBONA, 2012, 58; SPEZIALE, 2012, 561; ID., 2013, 341; NOGLER, 2012, 690.

¹⁶¹ Il magistrato aderisce alla tesi, espressa in dottrina, della «inescusabilità» della condotta datoriale (p. 13). La interpretazione della disposizione quale espressione di una insussistenza evidente e di una certa gravità è sostenuta anche da MAZZOTTA, 2013, 252; SANTORO PASSARELLI, 2013, 238.

¹⁶² SPEZIALE, 2013, 341, riprendendo la tesi di MARESCA, 2012, 443, confermata anche da TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53; BARBIERI, 2013, 40.

¹⁶³ Si è sostenuto che l'insussistenza «manifesta» opererebbe solo sul piano probatorio. Per tale ragione l'applicazione della reintegra o del risarcimento del danno andrebbe effettuata «nei termini graduati di maggiore o minore soddisfazione della prova richiesta» (F. CARINCI,

gravità del «fatto economico» sia indubbiamente un elemento da prendere in considerazione ai fini della scelta della sanzione applicabile. Tuttavia il rilievo e l'importanza del fatto posto a base del licenziamento, che distingue la sanzione ripristinatoria da quella indennitaria, devono essere valutati in relazione ad elementi oggettivi e non in considerazione della percezione che il datore di lavoro ne può avere al momento in cui decide di procedere al licenziamento. Il Tribunale di Reggio Calabria, al contrario, ha seguito questa linea interpretativa. Anche se l'analisi del caso concreto sottoposto a giudizio dimostra che il giudice ritiene come le evidenze processuali sottolineassero *comunque* la mancanza della soppressione del posto e, quindi, del g.m.o. Vi è quindi una valutazione che lega la «insussistenza manifesta» ad una situazione di seria carenza delle giustificazioni addotte dal datore di lavoro.

La distinzione tra ipotesi di licenziamento economico illegittimo che comportano la reintegra e quelle che invece implicano solo il risarcimento del danno è uno degli aspetti più delicati della riforma. Mi sembra che le tesi che vedono nella reintegrazione un «caso estremo» da applicare solo in un numero assai limitato di situazioni non siano fondate¹⁶⁴. Infatti, i principi costituzionali impongono un temperamento tra ragioni economiche e tutela del lavoro e richiedono un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina che non può coincidere, come da alcuni ipotizzato, con la completa «marginalizzazione» della sanzione più incisiva o con la eliminazione del principio di *extrema ratio*¹⁶⁵. Questo spiega perché, come nel licenziamento disciplinare, occorre «graduare» il sistema sanzionatorio, applicando la reintegrazione per le ipotesi più gravi di illegittimità del licenziamento economico ed il risarcimento per quelle meno importanti¹⁶⁶.

Pertanto il ripristino del rapporto dovrà essere statuito quando il datore di lavoro giustifichi il recesso in presenza di una situazione di crisi inesistente¹⁶⁷ o di scarsissima consistenza¹⁶⁸. La reintegrazione sarà

2013, 503). In verità ritengo che, pur nell'imprecisione terminologica, la «manifesta insussistenza» deve essere valutata anche sotto un profilo sostanziale (SPEZIALE, 2013, 341 ss.).

¹⁶⁴ ICHINO, 2012, 16 ss.; MARESCA, 2012, 443; ALLEVA, 2012, 7; VALLEBONA, 2012, 59; TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53; GALANTINO, 2012, 247 - 248; MAZZOTTA, 2013, 252; PERSIANI, 2013, 18 - 19; BRUN, 2012, 193 (questi due ultimi autori in base al presupposto che la reintegra opera solo in assenza della mancanza del fatto materiale posto a base del recesso).

¹⁶⁵ F. CARINCI, 2012b, 548.

¹⁶⁶ In senso analogo ALBI, 2013, 276; TOPO, 2013, 161 ss. Una citazione a parte merita la tesi di PERULLI (2012b, 795 ss.), secondo il quale l'impossibilità di distinguere, nel g.m.o., fatti materiali e qualificazione giuridica comporta sempre la necessaria applicazione della reintegra. La tesi, sicuramente condivisibile nei suoi presupposti, è stata peraltro da me criticata perché comporterebbe lo «svuotamento» della riforma nella parte in cui prevede la sanzione risarcitoria per il licenziamento economico ingiustificato (SPEZIALE, 2013, 342 - 343).

¹⁶⁷ TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248; MAZZOTTA, 2013, 252.

inoltre inevitabile nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato eliminato¹⁶⁹ ed in altri casi¹⁷⁰. Il risarcimento, al contrario, opererà quando la crisi ha solo carattere congiunturale e non strutturale¹⁷¹, oppure ha determinato una contrazione di attività ma non ha inciso sulla redditività dell'impresa¹⁷² o se il licenziamento, in assenza di una condizione di difficoltà economica, ha solo la finalità di aumentare i profitti o ridurre i costi¹⁷³. Infine la sanzione risarcitoria dovrà essere applicata nelle ipotesi in cui in base alla situazione patrimoniale, al volume di affari, ai dati di bilancio, la difficoltà economica dell'impresa non ha quel livello di gravità tale da giustificare la piena legittimità del licenziamento. Le fattispecie descritte sono tutte accomunate dall'essere ragioni economiche che, alla luce del «diritto vivente» in materia di g.m.o., si collocano in una posizione intermedia tra quelle che legittimano il licenziamento (quando la crisi ha quei requisiti di

¹⁶⁸ Ad esempio l'impresa non ha diminuito le commesse (FERRARESI, 2012, 265; ICHINO, 2012, 16) - o le ha ridotte in modo non significativo - , realizza utili (o ha perdite molto contenute), usa in modo intensivo lo straordinario, ha assunto molti lavoratori ecc.. Nei casi di licenziamento motivato da innovazione tecnologica, il g.m.o. non sussisterà quando il processo innovativo è solo fittizio (perché non sono state introdotte tecnologie *labour saving*, ma quelle che lasciano immutate le esigenze di lavoro) o quando, pur esistendo, non ha comportato la soppressione del posto (e, quindi, in questo caso il giudizio attiene alla veridicità o consistenza del fatto organizzativo ed al suo nesso causale con il posto soppresso).

¹⁶⁹ TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248; FERRARESI, 2012, 265; SANTORO PASSARELLI, 2013, 236 - 237 (anche se questo a., in realtà, afferma poi che, quando la «insussistenza» non è «manifesta», anche nell'ipotesi di soppressione del posto - o in altri casi - dovrebbe applicarsi solo la sanzione risarcitoria). Questa situazione, ad esempio, si verificherà quando è stato assunto un altro lavoratore che svolge i medesimi compiti (anche se meno costoso) (così anche BRUN, 2012, 195, nt. 169), nell'ipotesi di attribuzione della stessa attività professionale ad un altro dipendente, nell'assenza dell'effettiva esternalizzazione delle mansioni sopresse, o se esse non sono state realmente distribuite tra altri lavoratori.

¹⁷⁰ Si immagini, ad esempio, l'ipotesi in cui la crisi economica esista e non sia congiunturale ma non ha nesso causale con il posto eliminato (GALANTINO, 2012, 248; DEL PUNTA, 2013b, 29; SANTORO PASSARELLI, 2013, 237, ma con la precisazione specificata nella nt. precedente. In senso contrario MAZZOTTA, 2013, 252). Si sostenuto, tuttavia, che la presenza di una crisi «non transeunte o non contingente della situazione aziendale» imporrebbe la tutela economica (DEL PUNTA, 2013b, 31). In realtà se la difficoltà economica dell'impresa è strutturale il licenziamento - purché sussistano tutti gli elementi ulteriori (soppressione del posto, nesso di causalità, impossibilità del *repechage*) - è giustificato. Altrimenti, se la crisi non ha questi caratteri ed è inesistente o di scarso rilievo, opererà la reintegra. Mentre se la difficoltà è solo congiunturale vi sarà la tutela indennitaria (v. *infra* nel testo).

¹⁷¹ FERRARESI, 2012, 265.

¹⁷² In questo caso, ad esempio, potrebbe essere utilizzato, come parametro di valutazione, il margine operativo lordo, che è uno dei principali indici di redditività. Esso, infatti, mette in evidenza il reddito di un'azienda basato sulla sua gestione ed al lordo di interessi (gestione finanziaria), imposte (gestione fiscale) e deprezzamento di beni e ammortamenti.

¹⁷³ FERRARESI, 2012, 258, 265; DEL PUNTA, 2013b, 31; MAZZOTTA, 2013, 252. F. CARINCI (2013, 505) ritiene che la riforma del 18 dovrebbe rimettere in discussione «la stessa nozione di g.m.o. rendendo irrilevante la distinzione «fra scelte dettate dalla necessità di contenere le predite... e scelte effettuate per l'opportunità di realizzare profitti». A mio giudizio, al contrario, tale distinzione si adatta perfettamente alla graduazione del sistema sanzionatorio proposta nel testo.

gravità e strutturalità a cui fa riferimento la giurisprudenza) e quelle che invece escludono il giustificato motivo ed impongono la reintegrazione¹⁷⁴.

Nonostante il Tribunale di Reggio Calabria abbia adottato una motivazione che si presta alle critiche in precedenza fatte, in base alla interpretazione sopra descritta ritengo sia apprezzabile che il giudice leghi la reintegra alla «particolare gravità» del comportamento del datore di lavoro ed alla carenza di prova sulla «esistenza di alcuna effettiva crisi strutturale...» (p. 16). L'ordinanza, dunque, ribadisce che il g.m.o. richiede una ragione economica ed organizzativa di una certa importanza (secondo l'interpretazione da me proposta).

La mancanza del giustificato motivo è stata rinvenuta anche dal Tribunale di Milano dell'11.3.2013, in una ipotesi di licenziamento economico «per riduzione dell'attività giustificata da una contrazione del sistema produttivo dovuto a provvedimenti di carattere generale straordinario ed alla conseguente riduzione dell'attività»¹⁷⁵. La società è rimasta contumace nel processo ed il giudice ha quindi disposto la reintegrazione. In questo caso, dunque, sembrerebbe che il magistrato abbia utilizzato la nozione di «manifesta insussistenza» in rapporto alla «chiara evidenza» probatoria della assenza di una giustificazione del recesso, perché il datore di lavoro non ha dimostrato le ragioni del licenziamento. Il Tribunale ha quindi adottato uno dei due significati (di carattere probatorio e sostanziale) che questa formulazione può avere¹⁷⁶. Ad analoghe conclusioni giunge il Tribunale di Latina del 29.1.2013¹⁷⁷ in un caso di recesso economico per crisi di attività e «sensibile calo delle vendite». L'ordinanza rileva che, a fronte delle contestazioni del lavoratore, «nessun elemento consta agli atti a supporto del motivo di licenziamento indicato – peraltro in maniera estremamente generica – nella lettera di risoluzione del rapporto. Alla luce della suddetta carenza totale di risultanze circa gli eventi giustificativi di una riduzione di personale, il licenziamento deve ritenersi manifestamente insussistente», con conseguente reintegrazione. La mancanza di prove, dunque, rende «manifesto» (*rectius* evidente) che manca il g.m.o..

Il Tribunale di Foggia del 11.9.2013¹⁷⁸ afferma che la carenza del g.m.o. è rinvenibile in un caso in cui si è dedotta una ragione economica non reale, perché, a seguito di un trasferimento di azienda, «l'attività economica in cui era inserito (il lavoratore) si è semplicemente trasferita ad un nuovo soggetto che è subentrato in ogni rapporto di lavoro precedentemente previsto». Il giudice quindi ha disposto la reintegra

¹⁷⁴ Per l'analisi più approfondita delle varie situazioni descritte nel testo rinvio a SPEZIALE, 2013, 345 – 346 (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁷⁵ Dott. Perillo, R. G. 1049/2013.

¹⁷⁶ In tal senso anche BIASI, 2013, 37.

¹⁷⁷ Dott.ssa Papetti. La sentenza è integralmente pubblicata in BARBIERI, DALFINO, 2013, 157 ss.

¹⁷⁸ Dott. Mancini, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

perché si trattava di una ipotesi di «manifesta insussistenza», in coerenza con quanto qui sostenuto.

Il Tribunale di Reggio Calabria¹⁷⁹, inoltre, prende posizione anche sul carattere facoltativo della reintegrazione, ritenendo che, in mancanza di criteri legali che orientino l'interprete, la soluzione del problema deve essere trovata «nell'ambito dei principi dettati dall'ordinamento...». In tale contesto, «il ristoro del recesso illegittimo non è altro che il risarcimento per inadempimento contrattuale, ed alla luce della giurisprudenza di legittimità deve ritenersi che il ristoro del diritto leso debba avvenire - ove possibile e non eccessivamente oneroso per il debitore - in forma specifica, per la regola generale dettata in materia dall'art. 2058 cc; regola che per il diritto del prestatore di lavoro è stata ribadita da Cass. Sez. Unite n. 141 del 2006 (che ha sanzionato la sostanziale espropriazione dei diritti ove il ristoro per la violazione si riducesse in via di regola ad una somma)...». Tale principio «può applicarsi nel pur mutato contesto dell'art. 42 legge 92/2012, almeno là dove la legge conservi la possibilità ai giudici di scegliere tra tutela reintegratoria ed indennitaria» (pp. 15 - 16).

L'importanza della reintegrazione nel nostro sistema era stata da me particolarmente sottolineata proprio con riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 141/2006 (confermata dalla giurisprudenza successiva¹⁸⁰) ed anche in relazione ad alcuni principi costituzionali¹⁸¹. La decisione analizzata sembra dunque accogliere questa impostazione (la centralità, in generale e con particolare riferimento al rapporto di lavoro, della tutela in forma specifica). Tuttavia avevo sostenuto come il nuovo art. 18, consentendo soltanto la reintegrazione facoltativa, si esponesse ad evidenti profili di incostituzionalità¹⁸². La mia tesi è stata accolta da parte della dottrina, che ha proposto una «interpretazione correttiva» costituzionalmente orientata: «il può si legge deve» ed il giudice, quando sussistono le condizioni previste dalla disposizione, non può che condannare il datore di lavoro alla reintegrazione¹⁸³. Questa

¹⁷⁹ 3.6.2013, Dott.ssa Patrizia Morabito, R. G. n. 767/2013.

¹⁸⁰ Cass. 18.6.2012 n. 9965.

¹⁸¹ SPEZIALE, 2012, 531 ss.; ID., 2013, 317 ss.

¹⁸² SPEZIALE, 2012, 558 ss.; ID., 2013, 347 ss. Aderiscono alla mia tesi MAZZOTTA, 2013, 252; ALBI, 2013, 275 (che peraltro arriva a conclusioni diverse da quelle da me prospettate).

¹⁸³ PERULLI, 2012a, 580 - 581; ID., 2012b, 792; DEL PUNTA, 2013b, 33; MAZZOTTA, 2013, 252; MARESCA, 2012, 449; F. CARINCI, 2013, 501; SANTORO PASSARELLI, 2013, 238; SORDI, 2013a, 311. Una diversa opinione è invece espressa da chi ritiene che, per evitare i profili di incostituzionalità, il «può» deve essere riferito non alla applicazione facoltativa della sanzione ma all'accoglimento o meno della domanda sulla allegata insussistenza del fatto (TOPO, 2013, 165). Una tesi contraddetta dalla formulazione letterale della norma e che comunque renderebbe inutile il termine (perché l'accoglimento o reiezione della domanda da parte del giudice è un effetto naturale del processo e non richiederebbe una disposizione espressa).

interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Foggia dell'11.9.2013 in base ad una pluralità di norme costituzionali¹⁸⁴.

Le questioni descritte non sono state esaminate dal Tribunale di Reggio Calabria, che, al contrario, giustifica la propria scelta per la reintegra sia in base alla importanza della tutela in forma specifica, sia in correlazione agli elementi messi in evidenza dal processo, che imponevano in qualche misura questa sanzione¹⁸⁵.

La giurisprudenza sta anche affrontando il problema del regime sanzionatorio applicabile nel caso di mancato assolvimento dell'onere probatorio in materia di *repechage*.

La ordinanza del 3.6.2013 di Reggio Calabria sostiene che «*alla luce della migliore dottrina fino al momento espressa anche dalla novella della legge 92/2012, questo giudice ritiene che il repechage configuri "un attributo normativo sostanziale nella definizione il giustificato motivo oggettivo", ricostruzione che muove dalla - parimenti condivisibile - nozione di "fatto" non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso...*» (p. 8). Questa interpretazione è sostenibile ma per ragioni diverse.

Non va dimenticato, infatti, che «la possibilità di continuare a occupare il lavoratore non consente neppure di prospettare la riconducibilità delle ragioni di un eventuale licenziamento alle evenienze richiamate dall'art. 3 l. 604 del 1966»¹⁸⁶. Infatti, se il dipendente può ancora lavorare, la soppressione del posto non c'è, perché il soggetto interessato può essere ancora positivamente utilizzato nel contesto produttivo. D'altra parte, la stabilità dell'occupazione ha un suo fondamento costituzionale, quale espressione del bilanciamento tra iniziativa economica (di cui il licenziamento è una manifestazione) e il c. 2 dell'art. 41 Cost. (con il suo riferimento alla sicurezza, dignità e libertà umana), oltre che del contemperamento con quanto previsto dal c. 1 dell'art. 4 della legge fondamentale¹⁸⁷. Si è giustamente osservato che «è

¹⁸⁴ Il giudice ritiene che «" la manifesta insussistenza" debba essere riletta alla luce del dettato costituzionale che pone il lavoro a fondamento della Repubblica e dell'effettiva partecipazione alla vita sociale dei cittadini ai sensi degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 51 Cost. Pertanto l'apparente discrezionalità del Giudice, sottesa al predicato verbale utilizzato dalla normativa ordinaria "può", non consente affatto al Giudice di individuare un rimedio alternativo alla reintegrazione del lavoratore nel precedente posto di lavoro, trattandosi questa, infatti, della soluzione ideale a cui tende la Carta Costituzionale e a cui, conseguentemente, deve essere vincolato il Giudice in mancanza di chiare e precise indicazioni di segno opposto da parte del Legislatore».

¹⁸⁵ Questi elementi sono individuati nella struttura societaria del datore di lavoro, nella mancata dimostrazione della esistenza di una crisi strutturale dell'impresa, nella assenza della richiesta di fornire la prova della impossibilità del reimpiego del lavoratore nonostante egli avesse manifestato la sua disponibilità allo svolgimento di mansioni inferiori ed al cambiamento della sede di lavoro.

¹⁸⁶ NOGLER, 2007, 648. In senso analogo PERULLI, 2012b, 801.

¹⁸⁷ NOGLER, 2007, 602 ss., 611 ss., a cui si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche; PERULLI, 2012a, 570 ss.

corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento¹⁸⁸. Il necessario contemperamento dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», la tutela contro il recesso quale espressione della garanzia di non perdere il «sostrato esistenziale» costituito dall'attività lavorativa¹⁸⁹ spiegano anche il diritto vivente che si è formato in materia. La giurisprudenza infatti non richiede soltanto la prova della sussistenza di serie ragioni economiche che giustifichino il recesso, ma anche la dimostrazione della impossibilità di riadibire il lavoratore ad altre mansioni¹⁹⁰. Non mi sembra che questo assetto di valori costituzionali sia mutato. Pertanto, il riconoscimento prioritario della stabilità dell'occupazione alla luce della Costituzione e la stessa impossibilità concettuale di concepire una soppressione del posto di lavoro nel caso in cui il dipendente possa essere utilizzato in altre mansioni, impongono il *repechage* quale carattere costitutivo della esistenza del g.m.o.. Se il datore di lavoro non riesce a provare la assenza di altre attività a cui il lavoratore può essere adibito, vi è una ipotesi di «manifesta insussistenza» a cui deve conseguire la reintegrazione¹⁹¹.

Altre ordinanze, peraltro, hanno ritenuto che la violazione dell'obbligo del *repechage* determini soltanto il risarcimento del danno, in coerenza con quanto previsto da una parte della dottrina¹⁹². Il Tribunale di Milano del 20. 11. 2012¹⁹³, ad esempio, sostiene che la mancata prova della impossibilità di riadibire il dipendente ad altre mansioni «*esula propriamente dal "fatto posto a fondamento del licenziamento", costituendone, invero, una "conseguenza", nel senso che il datore di lavoro - una volta venuta meno la posizione lavorativa - è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda*» (p. 2). La tesi, in verità, è alquanto bizzarra. Il «fatto posto a base del licenziamento» economico, come si è visto, coincide con il giustificato motivo oggettivo, perché profili materiali e giuridici sono indissolubilmente

¹⁸⁸ NOGLER, 2007, 613.

¹⁸⁹ NOGLER, 2007, 602, 611 e 614.

¹⁹⁰ Tra le tante: Cass. 28.9.2011 n. 19616; Cass. 24.2.2012 n. 2874; Cass. 11.3.2013 n. 5963; Cass. 12.9.2013 n. 20918. Le decisioni sono così numerose e distribuite nel tempo da costituire un vero e proprio «diritto vivente». Su tale concetto mi permetto di rinviare a SPEZIALE, 2008, 613 ss.

¹⁹¹ In tal senso anche ALBI, 2013, 274 - 275; PERULLI, 2012b, 800 - 801; SCARPELLI, 2013, 284; SORDI, 2013a, 303; L. ZOPPOLI, 2012, 137 - 138.

¹⁹² Cfr. CESTER, 2012b, 628; TREU, 2012b, 54; FERRARESI, 2012, 265; GALANTINO, 2012, 249 - 250; TATARELLI, 2012, 456; MARAZZA, 2012, 629; DEL PUNTA, 2013b, 30; BRUN, 2012, 272 - 273; F. CARINCI, 2013, 504 - 505; NUZZO, 2012, 125; PERSIANI, 2013, 18; SANTORO PASSARELLI, 2013, 236 - 237; TOPO, 2013, 167.

¹⁹³ Dott. Casella, R. G. 11173/2012.

intrecciati. La nozione di g.m.o. non è mutata e il diritto vivente di origine giurisprudenziale ha «costruito» l'ipotesi del recesso quale *extrema ratio*, alla luce anche del quadro costituzionale e delle altre ragioni prima descritte. Non si comprende, dunque, come si possa affermare che il *repechage* è una «conseguenza del fatto» e non invece un elemento costitutivo della fattispecie che si basa su due caratteri fondamentali: la ragione economica ed organizzativa e la impossibilità di riutilizzazione del lavoratore. Quest'ultimo elemento, tra l'altro, costituisce un sintomo della effettività della soppressione del posto (perché se vi è spazio per altre mansioni viene soppresso non *il* ma *un* posto di lavoro, in quanto rimangono altre possibilità di prestare le propria attività nell'impresa).

Ad analoghe conclusioni a quelle qui criticate giunge il Tribunale di Milano del 29.3.2013¹⁹⁴, secondo il quale «*la problematica del repechage è estranea al concetto di manifesta insussistenza di cui all'art. 18 comma 7 L. n. 300/1970*», in quanto richiede «*la effettività della ragione...posta a base del licenziamento*» e «*la possibilità – muovendo da una verifica successiva al fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire "a valle" di detto "fatto" – di evitare la risoluzione del rapporto, ricollocando il dipendente in altra posizione lavorativa*». L'ordinanza sembra accogliere la tesi di una autorevole dottrina secondo la quale il *repechage* è una valutazione da effettuare dopo che sia stata accertata l'esistenza del giustificato motivo oggettivo¹⁹⁵. Tuttavia anche questa decisione opera una scissione inammissibile della fattispecie e non considera che l'impossibilità del *repechage* è funzionale a dimostrare l'esistenza «*della effettività*» della ragione economica ed organizzativa.

Il Tribunale di Modena del 26.6. 2013¹⁹⁶ ritiene che la società aveva dimostrato la sussistenza di ragioni economiche che giustificavano il licenziamento, ma tuttavia non aveva fornito la prova «*di una consona applicazione dei criteri di scelta del lavoratore da licenziare*». Il giudice ribadisce che, in presenza di un recesso che riguarda più lavoratori con professionalità omogenee e fungibili, il datore di lavoro deve, in base ai principi di correttezza e buona fede, selezionare il dipendente interessato, con possibile applicazione dei «*criteri che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi...; e così potrà farsi riferimento, in via analogica, ai criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (mentre, per quanto riguarda le esigenze tecnico-produttive ed organizzative esse perdono rilievo, data, come si è detto, la situazione di totale fungibilità tra dipendenti: cfr. Cass. n. 16441/2001)*». La mancata dimostrazione delle ragioni che avevano portato alla selezione del dipendente licenziato configurava quindi una assenza di giustificato motivo oggettivo. Tuttavia il

¹⁹⁴ Dott. Greco, R.G. 1612/2013.

¹⁹⁵ PERSIANI, 2013, 18, nt. 48.

¹⁹⁶ Dott.ssa Vaccari, in BARBIERI, DALFINO, 2013, tramite accesso al sito www.cacuccieditore.it/pronunce.php.

magistrato ha ritenuto di applicare la tutela esclusivamente risarcitoria prevista dall'art. 18, comma 5, della l. 300/1970.

Questa interpretazione a mio avviso non è corretta. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che la selezione dei lavoratori da licenziare debba avvenire con l'applicazione dei criteri previsti dalla legge 223/1991, in coerenza con un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁹⁷. Tuttavia, la riforma, in relazione ai licenziamenti collettivi, stabilisce che «in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma dell'art. 18» (la reintegrazione «attenuata»)¹⁹⁸. Mi sembra indiscutibile che l'applicazione analogica dei parametri selettivi previsti per la riduzione del personale debba necessariamente comportare i medesimi effetti. In sostanza, se, nel caso di violazione dell'art. 5, comma 3, della l. 223/1991, il legislatore ha previsto la «reintegra attenuata», non si vede come tale sanzione non si debba necessariamente estendere alla fattispecie analoga enucleata dalla giurisprudenza per il licenziamento individuale. Infatti, anche se in questo caso non si può parlare di una «manifesta insussistenza» (perché vi è la ragione economica, il nesso di causalità e la soppressione del posto), tuttavia non è possibile negare la precisa opzione effettuata dal legislatore in favore della sanzione ripristinatoria del rapporto di lavoro. Opzione che non può essere trascurata quando si voglia estendere al licenziamento individuale la stessa regola operante per quelli collettivi¹⁹⁹.

8. I vizi formali e di procedura nel licenziamento disciplinare.

Le violazioni procedurali del licenziamento sono sanzionate esclusivamente con la tutela indennitaria prevista dal comma 6 dell'art. 18, ricompresa tra un minimo di 6 sino ad un massimo di 12 dell'ultima retribuzione globale di fatto. La nuova disciplina, a mio giudizio, pone problemi di costituzionalità. La tutela risarcitoria, sicuramente ammessa anche nell'ambito dei licenziamenti, deve peraltro rispettare il principio secondo cui l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in tema di licenziamenti collettivi e discriminatori oltre che di contratto a termine, deve essere «adeguato, effettivo e

¹⁹⁷ Cass. 28.3.2011 n. 7046; Cass. 11.6.2004 n. 11124; Cass. 21.12.2001 n. 16144 e molte altre.

¹⁹⁸ Art. 1, comma 46, della l. 92/2012, modificativo dell'art. 5, comma 3, della l. 223/1991.

¹⁹⁹ SPEZIALE, 2013, 345. Il regime risarcitorio del comma 5 dell'art. 18 è invece ritenuto in questo caso applicabile da FERRARESI, 2012, 265; TATARELLI, 2012, 456; GALANTINO, 2012, 252; DEL PUNTA, 2013b, 32; BRUN, 2012, 271 (secondo la quale il risarcimento per violazione dei criteri di scelta è estraneo all'art. 18 e deriva dalla mancata applicazione dei principi di correttezza e buona fede).

dissuasivo»²⁰⁰, in modo da costituire «*efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima*»²⁰¹.

In questo contesto, mi sembra innanzitutto che la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sia evidente per questa sanzione risarcitoria. La esiguità della indennità economica, oltre a non essere «ragionevole»²⁰², è tale da evitare qualsiasi effetto di deterrenza o dissuasivo ed anzi stimola comportamenti opportunistici. Questa valutazione si fonda sul valore determinante della procedura di licenziamento secondo la Convenzione OIL n. 158/1982²⁰³ e sull'importanza del contraddittorio e del diritto alla difesa «riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di "valori di civiltà giuridica", ad operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento»²⁰⁴. In tale ambito, è la stessa scelta del legislatore – che reprime un vizio così importante con una somma pari alla metà di quanto previsto per l'illegittimità sostanziale del recesso – a rendere evidente la "sproporzione" tra sanzione e violazione. Infatti, il carattere fondamentale del diritto di difesa – certamente di importanza uguale rispetto all'assenza di giustificazione – avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel caso recesso ingiustificato. Mentre, in questo modo, l'effetto dissuasivo è pressoché inesistente.

Infine, anche in relazione all'art. 24 Cost., la nuova disciplina pone un problema di costituzionalità²⁰⁵, in considerazione del valore che, in base alle sentenze della Corte costituzionale n. 204/1982 e 427/1989, è attribuito alla contestazione dell'addebito ed alla replica del lavoratore. La «monetizzazione» del vizio procedurale, che lascia al datore di lavoro la libertà di non consentire al lavoratore una possibile replica, rende ... disponibile il diritto di difesa, in chiara violazione della norma costituzionale. In verità, il diritto al contraddittorio del lavoratore, per la sua importanza ed alla luce dell'art. 24 Cost., dovrebbe incidere sulla esistenza stessa del potere di recesso (così come accadeva nella disciplina precedente)²⁰⁶. Questi profili di incostituzionalità sono estensibili anche al giustificato motivo oggettivo. Infatti, il datore di

²⁰⁰ ORLANDINI, 2012, 639.

²⁰¹ M. T. CARINCI, 2012b, 33.

²⁰² ORLANDINI, 2012, 646.

²⁰³ L'articolo 7 prevede che «un lavoratore non dovrà essere licenziato per motivi legati alla sua condotta o al suo lavoro prima che gli sia stata offerta la possibilità di difendersi contro le accuse formulate [...]».

²⁰⁴ M. T. CARINCI, 2012a, 559, a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale ed Europea. Si vedano le importanti osservazioni (con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale) di NOGLER, 2007, 603 ss., spec. 607.

²⁰⁵ ALLEVA, 2012, 5; CESTER, 2012b, 581 (con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale a cui si è prima rinviato); CANNATI, 2013, 303; L. ZOPPOLI, 2012, 144; BIASI, 2013, 42.

²⁰⁶ Anche BARBIERI, 2013, 45, nt. 163, aderisce a questa mia opinione.

lavoro, accollandosi il costo economico della mancata attivazione della procedura di conciliazione obbligatoria o della assenza della motivazione del recesso, può evitare di qualificare la causale del licenziamento ed obbliga il lavoratore ad impugnare il provvedimento «al buio»²⁰⁷. In tal modo, quindi, viene violato non il diritto al contraddittorio nel procedimento di comminazione del licenziamento, ma il diritto di difesa nel processo, perché il lavoratore non può contestare compiutamente le ragioni di un atto unilaterale di cui non conosce... la motivazione²⁰⁸. Senza dimenticare che, anche in relazione al licenziamento, sono valide le considerazioni prima fatte sulla esiguità dell'ammontare del risarcimento del danno.

Questi profili di incostituzionalità sono stati contestati o accolti con varie argomentazioni²⁰⁹. Le obiezioni alla mia interpretazione richiederebbero un approfondimento che qui non è possibile effettuare. Si è proposta, alla luce delle possibili violazioni dei principi nazionali ed europei, una «interpretazione costituzionalmente orientata... che porti ad escludere dall'ambito di applicazione della tutela indennitaria dimidiata quanto meno i casi di mancanza totale della motivazione, da ricondurre all'ipotesi di insussistenza del fatto – e dunque alla tutela reintegratoria attenuata»²¹⁰. Tuttavia questa strada non mi sembra percorribile. Infatti l'interpretazione del dato normativo ai sensi della Costituzione è possibile soltanto quando dalla formulazione della legge sia possibile ricavare diverse letture tutte ugualmente plausibili²¹¹. Questa tesi, tra l'altro, è stata ribadita anche recentemente dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 231/2013 sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, che ha rifiutato l'interpretazione adeguatrice proposta dalla giurisprudenza «risultando effettivamente univoco e non suscettibile di una diversa lettura l'art. 19, tale, dunque, da non consentire l'applicazione di criteri estranei alla sua formulazione letterale»²¹². Il nuovo art. 18, comma 6, non consente equivoci dal punto di vista del suo contenuto. Pertanto, se

²⁰⁷ ALLEVA, 2012, 3; SPEZIALE, 2013, 313; DEL PUNTA, 2013b, 34.

²⁰⁸ SPEZIALE, 2012, 539 ss.; ID., 2013, 312 – 313. In tal senso anche BIASI, 2013, 42.

²⁰⁹ Per un riepilogo delle varie posizioni rinvio a BARBIERI, 2013, 42 ss.; PISANI, 2013, 271 ss.; CANNATI, 2013, 202 ss.; TREMOLADA, 2013, 130 ss.

²¹⁰ BARBIERI, 2013, 43. L'interpretazione correttiva è sostenuta da MARAZZA, 2012, 633, da CANNATI, 2013, 204 e da altri autori (rinvio, per le citazioni, a BARBIERI, 2013, 43, nt. 150)

²¹¹ LISO, 2013, 1. "I Giudici delle leggi hanno costantemente ribadito, in merito ai rapporti intercorrenti tra la facoltà di sollevare questione di legittimità costituzionale ed i poteri interpretativi propri dei giudici comuni e della Corte costituzionale, la posizione espressa negli ultimi anni, in base alla quale, *di fronte a più possibili interpretazioni*, allorchè su nessuna di esse si sia formato un diritto vivente, il giudice rimettente deve fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione adeguatrice della disposizione denunciata, che la renda conforme ai principi costituzionali" (corsivo mio), in CORTE COSTITUZIONALE, 2009, 48.

²¹² C. cost. 23.7.2013 n. 231, www.dejure.it, p. 9.

si ritiene che vi siano questioni di costituzionalità rilevanti, occorrerà sollecitare la Corte Costituzionale a decidere sul punto²¹³.

La giurisprudenza sino ad ora non ha rilevato alcun profilo di incostituzionalità (che peraltro non era stato sollevato).

La dottrina si è anche espressa in modo diverso in relazione ai casi in cui manchi la contestazione o essa sia così generica «da essere quasi inesistente o comunque tale da non consentire la identificazione materiale del fatto contestato»²¹⁴. Queste ipotesi configurerebbero una situazione di «insussistenza» che dovrebbe comportare l'applicazione della reintegrazione²¹⁵. Questa interpretazione è stata accolta dal Tribunale di Campobasso²¹⁶, in un caso di licenziamento senza alcuna motivazione. Il giudice ritiene che «l'assenza di qualunque contestazione nella lettera di licenziamento sia ipotesi da ricondursi all'insussistenza del fatto contestato di cui al comma 4 dell'art. 18...» con conseguente applicazione della «reintegra attenuata» (p. 1).

In senso contrario, si è ribadito che una simile conclusione è preclusa dalla previsione di un apposito regime sanzionatorio. Inoltre la reintegrazione presuppone l'accertamento nel processo della «insussistenza» del fatto e non può riguardare la sua mancata specificazione nella fase stragiudiziale precedente²¹⁷. Mi sembra che questa seconda opinione sia più corretta. La legge penalizza la violazione formale e procedurale con il risarcimento, e solo se nel procedimento giurisdizionale non si dimostrano i requisiti sostanziali di legittimità del recesso si applicheranno i diversi regimi sanzionatori previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 18.

Non mi pare, invece, che la possibilità per il lavoratore di difendersi nel processo, dove il datore di lavoro «dovrebbe comunque scoprire le carte», sia tale da eliminare i profili di incostituzionalità da me sottolineati²¹⁸. Se tutto fosse risolvibile in questo modo, il diritto di difesa prima dell'accertamento giurisdizionale sarebbe privo di qualsiasi rilievo e non è questa l'opinione della Corte costituzionale, secondo la quale «*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*

²¹³ La contrarietà alla Costituzione è sostenuta anche da D'ONGHIA, 2013, 375; BRUN, 2012, 209; MAZZOTTA, 2013, 239. Anche BARBIERI (2013, 43) sembra propendere per la questione di costituzionalità nel caso sia di motivazione inesistente, sia di quella insufficiente.

²¹⁴ ROMEI, 2012, 1079.

²¹⁵ ROMEI, 2012, 1079; DEL PUNTA, 2013b, 34 - 35; F. CARINCI, 2013, 481 a cui *adde* MARAZZA, 2012, 633; TATARELLI, 2012, 454; CANNATI, 2013, 204 e gli altri autori citati da BIASI, 2013, 43, nt. 186.

²¹⁶ Dott.ssa Scarlatelli, R. G. 14/2013.

²¹⁷ TREMOLADA, 2012, 57.

²¹⁸ DEL PUNTA, 2013b, 34, che aderisce alla tesi di PISANI, 2013, 271 ss. e 274 - 275.

assicurate le garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori specificamente a favore di colui al quale è stata inflitta una sanzione disciplinare»²¹⁹. D'altra parte, l'art. 24 Cost. implica anche il diritto ad un accesso pieno alla tutela giurisdizionale, inteso come capacità di organizzare la propria difesa nel momento di proposizione delle proprie domande all'atto di instaurazione del processo e non solo durante il suo svolgimento.

Le prime decisioni in materia hanno ritenuto di applicare la tutela risarcitoria ridotta (tra 6 e 12 mensilità) nel caso di una comunicazione «stringata» e priva di una specifica motivazione (con conseguente violazione dell'art. 2 l. 604/1966)²²⁰. Si è affermato che la violazione dei termini per l'espletamento della procedura di contestazione previsti dal ccnl determina la medesima sanzione²²¹. Infine, il risarcimento è stato riconosciuto in un caso di contestazione generica²²². Le ordinanze, dunque, applicano alla lettera la nuova disposizione²²³. In passato la giurisprudenza aveva già ritenuto che la motivazione insufficiente o priva di specificità doveva essere equiparata a quella mancante²²⁴ e questo orientamento viene quindi confermato. Inoltre l'art. 18, c. 6, reprime le violazioni procedurali in generale. Si utilizza quindi una formulazione diretta a sanzionare il mancato rispetto di tutti i limiti – temporali e sostanziali – a garanzia del diritto di difesa o a tutela del lavoratore (come i termini di decadenza).

La giurisprudenza, infine, si è occupata anche della violazione del principio della immediatezza della contestazione ed irrogazione del recesso, con le decisioni già analizzate (v. *retro* il § 6).

²¹⁹ C. cost. 25.7.1989 n. 4278 in www.dejure.it, p. 3. Infatti, continua la Corte, «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, cioè del datore di lavoro». E, per queste ragioni, secondo i giudici delle leggi, l'art. 7 si estende a tutti i lavoratori indipendentemente o meno dall'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Non mi sembra, dunque che la sentenza della Corte possa essere letta come non fondativa di un diritto costituzionalmente garantito alla difesa stragiudiziale (PISANI, 2013, 272). Si veda, peraltro, anche C. cost. n. 204/1982.

²²⁰ Trib. Milano 9.3.2013 (dott. Scarzella, R.G. 31/2013), relativa ad un licenziamento per superamento del periodo di comportamento senza alcun riferimento temporale alla durata delle assenze.

²²¹ Trib. Ancona, 31.1.2013 (dott.ssa Sbano)

²²² Trib. Milano 22.1.2013 (Dott. Cuomo, R. G. 14951/2012).

²²³ Tra queste, anche Trib. Messina 25.3.2013 (dott.ssa Di Bella, R. G. 6182/2012) secondo la quale «come si evince dalla lettura delle norme in commento, la violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970 comporta adesso unicamente la possibilità di applicare la tutela risarcitoria e non quella reintegratoria...» (p. 5).

²²⁴ BARBIERI, 2013, 43; Cass. 11.2.2013 n. 3175.

9. Le violazioni procedurali nel licenziamento economico.

L'articolo 7 della l. 604/1966, riformato in modo sostanziale dalla l. 92/2012²²⁵, ha introdotto un tentativo obbligatorio di conciliazione per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. L'interpretazione della disposizione ha sollecitato diverse opinioni sull'ambito di applicazione della nuova legge. Infatti, alcuni autori hanno ritenuto che la procedura dovrebbe essere esperita solo per i licenziamenti economici o, comunque, relativi a ragioni attinenti all'impresa²²⁶. Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che il tentativo di conciliazione andrebbe esteso anche al g.m.o. connesso alla persona del lavoratore²²⁷.

A mio giudizio questa seconda interpretazione non è basata né sulla formulazione letterale della legge, né sulla stessa finalità perseguita dall'art. 7 della l. 604/1966. Per quanto attiene al primo aspetto, la disposizione riguarda il «*licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge*» e quindi quello determinato «*da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*». Non vi è dubbio che, in primo luogo, questa previsione non può riguardare il licenziamento per superamento del periodo di comportamento. Anche prima della riforma, la dottrina²²⁸ e la giurisprudenza²²⁹ avevano ricostruito queste ipotesi di recesso come fattispecie autonome dal giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3 l. 604/1966, con un orientamento oggi confermato dalla riforma. Infatti, anche se il recesso del lavoratore in malattia viene qualificato «*per motivo oggettivo*», tuttavia il comma 7 dell'articolo 18 lascia chiaramente intendere come si tratti di un'ipotesi di licenziamento completamente distinta da quello economico (regolato dal secondo periodo e da quelli successivi del medesimo comma). Questa conclusione, a maggior ragione, può essere estesa all'ipotesi del recesso per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, che in passato era stato ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito del giustificato motivo oggettivo²³⁰. Oggi, invece, la riforma ha introdotto una nuova fattispecie onnicomprensiva di g.m.o. per ragioni inerenti al lavoratore che si distingue nettamente dal licenziamento economico per eventi connessi alla sfera dell'impresa.

L'interpretazione letterale e sistematica dell'articolo 7 della legge 604/1966, dell'articolo 3 della medesima legge e del settimo comma del

²²⁵ Art. 1, c. 40, l. 92/2012.

²²⁶ TULLINI, 2013, 157; CANNELLA, 2012, 181.

²²⁷ BORGHESI, PELLACANI, 2013, 254; SORDI, 2013b, 235 – 236 (con esclusione, peraltro, del licenziamento per superamento del periodo di comportamento); SCARPELLI, 2012, 85.

²²⁸ SALVALAIO, 2013, 240 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche).

²²⁹ Tra le tante v. Cass. 23.1.2013 n. 1568; Cass. 20.5.2013 n. 12233.

²³⁰ Si rinvia, per tutti, a CALCATERRA, 2009. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass. 29.3.2010 n. 7531; Cass. 29.7.2013 n. 18196.

nuovo articolo 18 non possono dunque che condurre alla conclusione che la procedura conciliativa preventiva riguarda soltanto il giustificato motivo oggettivo «tradizionale» (crisi d'impresa, innovazione tecnologica, ecc.). D'altra parte, tutto il dibattito antecedente alla riforma dimostra come il tentativo di conciliazione avesse la finalità di garantire una soluzione alternativa al recesso motivato da ragioni economiche. E questo obiettivo perseguito dalla legge trova conferma nella previsione dell'applicazione delle disposizioni in materia di ASpI e della possibilità di utilizzare una Agenzia per il lavoro per favorire la ricollocazione professionale del soggetto interessato, in una dimensione, quindi, strettamente attinente alla necessità di fornire sostegno al reddito ed all'occupazione per un lavoratore licenziato per soppressione del posto di lavoro.

La giurisprudenza, influenzata dalle diverse interpretazioni della dottrina, ha fornito risposte contrastanti²³¹. Il Tribunale di Milano del 22.3.2013²³² ed il Tribunale di Perugia del 14.3.2012²³³, il primo riferito al superamento del periodo di comporto, il secondo al un recesso per inidoneità psicofisica, hanno ritenuto applicabile il tentativo di conciliazione. Il giudice perugino ha fondato la sua decisione sulla osservazione che, secondo quanto sostenuto dalla Cassazione, la inidoneità al lavoro costituisce una ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento (p. 178). Il magistrato, come è evidente, non ha tenuto conto del nuovo assetto della materia dato dalla riforma, che ha distinto tipologie differenti di g.m.o., con diversi effetti ed oneri procedurali. Una conclusione, estensibile anche al superamento del periodo di comporto che, tra l'altro, non è mai stato riconducibile al giustificato motivo.

In senso contrario si sono espressi il Tribunale di Milano del 5.3.2013²³⁴, il Tribunale di Teramo del 12.6.2013²³⁵ (in relazione all'art. 2110 c.c.) ed il Tribunale di Taranto del 16.1.2013²³⁶ (inidoneità fisica), con riferimento sia alla formulazione letterale della legge sia alla finalità dell'art. 7 l. 604/1966, secondo quanto da me esposto in precedenza²³⁷. La decisione del giudice tarantino è stata fortemente criticata, ma con argomentazioni che fanno leva soprattutto sulla «giurisprudenza antecedente la legge Fornero» che «ha costantemente ricondotto al giustificato motivo oggettivo tali fattispecie»²³⁸. Il nuovo art. 18, come si è detto, ha riformulato completamente l'intera materia. E' vero poi che nel tentativo di conciliazione si potrebbe valutare la possibile

²³¹ Si rinvia, per l'analisi di alcune delle sentenze indicate nel testo, a BIASI, 2013, 45 ss.

²³² Dott. Atanasio, R. G. 1299/2013.

²³³ Dott. Claudiani, R. G. 1843/2012 in BARBIERI, DALFINO, 2013, 178 ss.

²³⁴ Dott. Casella, R. G. 96/2013

²³⁵ Dott. Marcheggiani, R. G. 636/2013.

²³⁶ Dott. Sodo, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 215 ss.

²³⁷ Il Tribunale di Milano del 5.3.2013, tra l'altro, sottolinea come la Circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 16.1.2013 espressamente esclude che il licenziamento per superamento del periodo di comporto possa essere ricondotto al giustificato motivo oggettivo.

²³⁸ BARBIERI, 2013, 47.

ricollocazione dell'inidoneo al lavoro in altre mansioni e che vi sarebbe, quindi, una giustificazione alla estensione della procedura anche a questa ipotesi di licenziamento²³⁹. Tuttavia le ragioni di ordine letterale, sistematico e le finalità della legge in precedenza descritte non mi pare consentano di giungere a questa conclusione.

Il Tribunale di Chieti del 9.1.2013²⁴⁰ ha ritenuto che, in un licenziamento per g.m.o. connesso alla cessazione di un appalto, il mancato espletamento della procedura conciliativa rientra nell'ambito del comma 6 dell'art. 18 ed ha condannato il datore di lavoro al pagamento di 7 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il legislatore, nell'estate 2013, ha modificato il comma 6 dell'articolo 7 della legge 604/1966²⁴¹ ed ha previsto che la procedura conciliativa «non trova applicazione in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto di cui all'articolo 2110 del codice civile, nonché per i licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'articolo 2, comma 34, della legge 28 giugno 2012, n. 92»²⁴². Se dunque oggi il problema può dirsi superato per quanto attiene il recesso per malattia, la questione rimane aperta in relazione al licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Si potrebbe sostenere che si tratta di una mera dimenticanza della legge, vista l'identità di situazioni tra le due ipotesi di recesso entrambe connesse a vicende personali del lavoratore. Tuttavia, vi è oggi una disposizione che stabilisce tassativamente quali sono le ipotesi nelle quali il tentativo obbligatorio di conciliazione non deve essere applicato. Pertanto, non mi sembra che si possa giungere a questa conclusione, in palese contrasto con il canone fondamentale dell'interpretazione letterale della norma. Si deve quindi ritenere che la procedura conciliativa vada applicata anche in presenza di un licenziamento per sopravvenuta inidoneità, dove evidentemente l'incontro tra le parti è finalizzato a verificare altre possibilità di ricollocamento del medesimo lavoratore nella stessa azienda o in diverse realtà produttive²⁴³.

La mancata presentazione di una o di entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Questa innovazione consente quindi al magistrato di tenere in considerazione

²³⁹ BIASI, 2013, 46 ss.; BARBIERI, 2013, 46 - 47.

²⁴⁰ Dott.ssa Ciarcia, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 149 ss.

²⁴¹ Art. 7, comma 4, del D. L. 28.6.2013 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 9.8.2013, n. 99.

²⁴² L'art. 2, comma 34, della l. 92/2013 riguarda i licenziamenti effettuati a seguito di un cambio di appalto con successiva assunzione presso il datore di lavoro subentrante in base a clausole collettive di garanzia occupazionale, nonché i recessi dai contratti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni per il completamento delle attività e chiusura del cantiere.

²⁴³ In tal senso BIASI, 2013, 46, « anche in considerazione della presenza in ipotesi di uno specifico obbligo di *repechage ex lege*, assente in tutti gli altri casi, compreso quello di superamento del periodo di comporto».

l'atteggiamento delle parti non solo per l'individuazione del *quantum* risarcitorio eventualmente dovuto²⁴⁴, ma anche come «argomento di prova» sulla sussistenza della causale del recesso²⁴⁵. Ovviamente la mancata comparizione non potrà *di per sé* giustificare l'illegittimità del licenziamento, ma costituirà un elemento di valutazione che si inserisce nel giudizio complessivo che il giudice è chiamato ad effettuare.

Si può inoltre concordare con chi ha affermato che il mutamento di motivazione tra quella espressa nella procedura conciliativa e quella successivamente contenuta nella lettera di licenziamento costituirebbe una ammissione della insussistenza del fatto economico posto a base del recesso, con il regime sanzionatorio della «reintegra attenuata» e non con il mero risarcimento del danno per violazione degli oneri procedurali²⁴⁶.

10. Il lavoro pubblico.

Un problema estremamente delicato è quello dell'applicazione del nuovo art. 18 al lavoro pubblico. Tutto nasce dalla infelice e maldestra previsione dei commi 7 ed 8 dell'articolo 1 della l. 92/2012²⁴⁷, che presentano delle «vistose illogicità»²⁴⁸. In particolare la prima norma 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...*». Il successivo comma 8 stabilisce che «*al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro della pubblica amministrazione e la semplificazione, ... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità ed i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche*».

La formulazione ambigua della legge ha dato vita ad un dibattito dottrinario intensissimo, con autori che hanno affermato l'estensione al lavoro pubblico del nuovo articolo 18 ed altri che lo hanno negato, ritenendo ancora in vigore il testo preesistente. Inoltre, si è anche detto

²⁴⁴ Il c. 8 dell'art. 7 stabilisce, infatti, che «*il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile*».

²⁴⁵ BIASI, 2013, 47 ss.

²⁴⁶ ROSSI, DE MOZZI, 2013, 198; conf. BARBIERI, 2013, 47.

²⁴⁷ Le parole usate nel testo sono riferibili a F. CARINCI, 2013, 470; CESTER, 2012b, 549.

²⁴⁸ ROMEO, 2012, 720 ss.

che per il pubblico impiego non vi sarebbe più una disciplina specifica²⁴⁹. La questione è così complessa da non poter certo essere esaminata in questa sede e mi limiterò a qualche osservazione.

Il comma 7 dell'art. 1, che è la disposizione chiave, contiene un inciso («*Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri...*») che lascia spazio a diverse interpretazioni. Si è in primo luogo obiettato che «*quel "per quanto" non può logicamente riferirsi a tutto quello che è regolato nel testo normativo, perché allora sarebbe da quel che non vi è regolato che si dovrebbe procedere a dedurre i detti "principi e criteri" per il pubblico impiego privatizzato*»²⁵⁰. In verità, l'espressione «*per quanto da esse non*» può essere letta come «*salvo quanto da esse espressamente previsto*»²⁵¹. Il che ci riporta alla obiezione sopra indicata: i «*principi e criteri*» dovrebbero essere desunti da... quanto non scritto nella legge (che è una conclusione evidentemente assurda)²⁵².

Inoltre, l'espressione «*salvo quanto da esse non espressamente previsto*», dal punto di vista linguistico, può avere un duplice significato. Il primo è quello secondo il quale tutte le norme della l. 92/2012 sono direttamente applicabili al lavoro pubblico. Oppure queste parole possono voler dire che «*le disposizioni della l. n. 92/2012, ove non siano da quest'ultima espressamente dichiarate applicabili (o non applicabili) anche ai rapporti di lavoro privatizzati di dipendenti delle pubbliche amministrazioni, costituiscono meri "principi e criteri per la regolazione" dei predetti rapporti*»²⁵³. Infatti, «*l'espressa previsione*» potrebbe essere intesa come necessità che la legge specifichi quando sia applicabile o quando invece non debba avere effetti regolativi nelle P.A.²⁵⁴

La polisemia semantica della disposizione impone di verificare se, in base al criterio di interpretazione sistematica, sia possibile trovare in altre norme degli elementi che consentano di propendere per l'una o l'altra lettura. In realtà, gli ulteriori riferimenti contenuti nella legge 92 non

²⁴⁹ Nonostante il poco tempo trascorso dall'entrata in vigore della riforma, la bibliografia su questo specifico aspetto è sterminata. Rinvio, per l'esame di tutte le problematiche e per l'indicazione degli autori a BARBIERI, 2013, 47 ss.; DEL PUNTA, 2013b, 35 ss.; PILATI, 2013, 2 ss.

²⁵⁰ F. CARINCI, 2013, 470 – 471.

²⁵¹ A conclusioni analoghe mi sembra giunga DEL PUNTA (2013b, 37), quando afferma che l'inciso va letto come se affermasse «*fatte salve diverse disposizioni*».

²⁵² Pertanto, anche la diversa lettura delle parole contenute nell'inciso non risolve la contraddizione insita nelle parole utilizzate.

²⁵³ PILATI, 2013, 9 – 10, a cui si rinvia per l'indicazione di altri autori che aderiscono a questa lettura.

²⁵⁴ F. CARINCI (2013, 471) ritiene che le parole del comma 7 si riferiscono a quanto «*previsto esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato, che viene così direttamente ed immediatamente disciplinato*». In realtà questa interpretazione non giustificherebbe le disposizioni, contenute nella l. 92/2012, che invece escludono l'applicabilità della riforma al lavoro pubblico (v. *infra* nel testo) e che hanno un senso soltanto se la legge deve dire espressamente sia ciò che è esteso al lavoro pubblico, sia ciò che è escluso.

sono di grande aiuto. Ad esempio, l'articolo 1 comma 31, nel modificare l'articolo 3 del d.lgs. 276/2003, prevede che «*il ricorso a prestazioni di lavoro accessorio da parte di un committente pubblico è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno*». La disposizione può avere un senso per entrambi i significati prima descritti. Se l'inciso del comma 7 va inteso come applicazione diretta al lavoro pubblico di tutta la legge Fornero, la norma sul lavoro accessorio specifica che l'applicazione, già in precedenza espressa, è qui condizionata a determinati presupposti (vincoli di spesa), con la limitazione quindi della sua possibile efficacia regolativa. Se al contrario esso va letto come necessità di una dichiarazione espressa di applicazione anche alle pubbliche amministrazioni, la disposizione conferma che il lavoro accessorio può essere utilizzato, a certe condizioni, anche in tale ambito.

L'articolo 2, comma 2, della l. 92/2012 prevede che l'ASpI è esclusa per i dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni. Il comma 29 del medesimo articolo stabilisce poi che il contributo addizionale dell'1,4% per i contratti a tempo determinato non riguarda i lavoratori delle P.A. Anche queste disposizioni sono coerenti con tutte e due le letture proposte del comma 7 dell'art. 1 della l. 92/2012. Esse infatti potrebbero o essere considerate come deroga alla regola generale di applicazione diretta di tutta la disciplina normativa della riforma Fornero, o come disposizioni che espressamente dichiarano non applicabili al lavoro pubblico alcune regole pensate per quello privato²⁵⁵.

Non mi sembra, dunque, che la soluzione del problema possa essere trovata in queste disposizioni. Analoghe considerazioni possono essere fatte per quelle norme che estendono al lavoro pubblico tutte le regole proprie di quello privato (come l'articolo 2, comma 2, del d.lgs. 165/2001) o che sanciscono l'applicabilità dello statuto dei lavoratori anche alle pubbliche amministrazioni (art. 51, comma 2, d.lgs. 165/2001). Queste disposizioni, effettivamente, introducono tecniche di «rinvio mobile» che consentono di estendere automaticamente alle P.A. le discipline del lavoro privato. Si tratta peraltro di norme di carattere generale che possono essere eventualmente derogate da disposizioni speciali riferite ad un singolo *corpus* normativo. Ed è questo il valore che verrebbero ad assumere i commi 7 ed 8 dell'articolo 1 della l. 92/2012,

²⁵⁵ Non concordo, quindi, con quanto affermato da DEL PUNTA, 2013b, 38, secondo il quale, soprattutto per l'esclusione dal contributo addizionale, «*non si vede perché il legislatore avrebbe dovuto intervenire per sancire tale esenzione, se già tutto l'istituto del contratto a termine pubblico fosse stato esentato*». Se l'inciso del comma 7, infatti, viene interpretato come necessità che la legge dichiari espressamente non solo l'applicabilità, ma anche l'inapplicabilità al lavoro pubblico di certe disposizioni contenute nella riforma del 2012, è evidente che la norma doveva necessariamente specificare che quel disposto normativo non poteva essere esteso anche alle pubbliche amministrazioni.

che introdurrebbero quindi regole particolari escludenti quelle di portata più ampia.

Forse l'unica soluzione al problema è quella di individuare la *ratio* di queste disposizioni, finalizzate evidentemente a escludere una diretta applicabilità di tutta la riforma Fornero al lavoro pubblico, con l'intento invece di favorire un processo di armonizzazione che ne avrebbe consentito un adattamento più graduale e razionale²⁵⁶. D'altra parte: se l'inciso del comma 7 dovesse essere interpretato nel senso di prevedere che tutte le disposizioni della legge 92/2012 sono direttamente applicabili alle P.A., di fatto non si comprende cosa rimarrebbe della legge tale da poter costituire «*principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*». Paradossalmente, solo quelle poche disposizioni espressamente vietate per il lavoro pubblico, verrebbero a costituire principi e criteri, mentre la stragrande maggioranza dei contenuti della riforma - pur nei limiti necessari di un giudizio di compatibilità - avrebbe un'immediata efficacia diretta per gli impiegati pubblici. Il che peraltro costituirebbe una palese violazione di un intento della legge che, nei commi 7 ed 8, fa dell'armonizzazione il suo nucleo fondamentale²⁵⁷.

Non a caso ho utilizzato, per la soluzione proposta, una formulazione dubitativa. Il legislatore si è mosso con espressioni linguistiche poco appropriate che sollecitano le soluzioni interpretative più disparate. Senza dimenticare l'incoerenza del mantenimento di due diverse versioni dell'articolo 18, una più «rigida» per il lavoro pubblico ed una più «flessibile» per quello privato, con evidente frantumazione degli statuti normativi e messa in discussione della privatizzazione del pubblico impiego che ha costituito l'asse portante (pur con qualche ripensamento) delle riforme realizzate negli ultimi anni. Tuttavia mi sembra che l'unico modo per dare un senso ad un vero e proprio «guazzabuglio» normativo sia quello indicato. Questa soluzione, comunque, è quella adottata dalla dottrina maggioritaria²⁵⁸.

La giurisprudenza, al contrario, è orientata in misura assolutamente prevalente nel ritenere che il nuovo art. 18 sia applicabile anche al lavoro pubblico. Questa conclusione viene basata in primo luogo sull'art. 51 del d.lgs. 165/2001 (e sul rinvio mobile della disposizione a tutte le successive modifiche ed integrazioni dello Statuto dei lavoratori)²⁵⁹. In altre decisioni vi è il riferimento anche all'art. 2, comma 2, del d.lgs.

²⁵⁶ Su questa finalità della riforma cfr. PILATI, 2013, 9 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

²⁵⁷ Senza dimenticare l'assurdità di «principi e criteri» desunti da quanto «non scritto».

²⁵⁸ Rinvio a PILATI, 2013, 19 per le indicazioni bibliografiche.

²⁵⁹ Trib. Bari 14.1.2013, Dott.ssa Vernia, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 118 ss.; Trib. S. Maria Capua Vetere 2.4.2013, Dott. Cervelli, ivi, 213 ss.; Trib. Terni 14.12.2012, Dott.ssa Piantadosi, ivi, 222 ss.; Trib. Ancona 31.3.2013, Dott.ssa Sbrano; Trib. Perugia 15.1.2013 (in sede di reclamo, Dott. Claudiani ed a conferma di Trib. Perugia 9.11.2012).

165/2001, che estende tutte le leggi in materia di lavoro privato al settore pubblico²⁶⁰.

L'inciso contenuto nel comma 7 dell'art. 1 della l. 92/2012 («*per quanto da esse non espressamente previsto*») è stato letto come riferito alle norme direttamente previste dalla legge 92 che si applicano immediatamente al pubblico impiego (come, ad es. l'art. 1, comma 32, della l. 92/2012 che amplia il ricorso al lavoro accessorio). Mentre, questa formulazione non riguarderebbe «*le norme modificative della stessa legge che si estendono a tale settore quando vi sia una legge anteriore che abbia esplicitamente esteso alla p.a. gli istituti modificati*»²⁶¹. Questa regola anteriore andrebbe rinvenuta nell'art. 51 del d.lgs. 165/2001.

Un'altra decisione ritiene che il comma 8 dell'art. 1 va interpretato nel senso che «*esso si riferisca a quei corpora normativi (si pensi tra tutti al contratto di lavoro a tempo, per il quale l'art. 36 d.lgs. 165/2001 prevede una regolamentazione in parte difforme da quella di cui alla legge 368/2001) che ancora si presentavano (e si presentano) parzialmente divergenti tra il rapporto di lavoro pubblico e quello privato (tale non è l'ipotesi dell'art. 18 Stat. Lav.) ed è stato dettato al precipuo fine di evitare che l'espressa qualificazione della novella del 2012 come principi e criteri regolatori del lavoro pubblico potesse essere interpretata come estensione ed applicabilità tout court dei primi al secondo*»²⁶².

Una ordinanza respinge la possibile coesistenza tra due diversi contenuti dell'art. 18 (per il lavoro privato e pubblico)²⁶³, ed un'altra sottolinea che questa interpretazione solleverebbe problemi di costituzionalità per una diversità così radicale del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo in ciascun settore di riferimento²⁶⁴.

In senso contrario si è espresso il Tribunale di Catanzaro del 14.5.2013²⁶⁵. Il giudice ha ritenuto che «*le finalità della riforma del mercato del lavoro appaiono ritagliate a misura del lavoro privato, con l'evidente corollario che il ... settimo comma dell'art. 1, seppure di infelice formulazione, non può che essere letto come presidio dei dichiarati obiettivi normativi, apparendo del tutto coerente l'esclusione del lavoro pubblico dall'ambito del nuovo complesso normativo*» (p. 4). In questo contesto, le parole «*per quanto da esse non espressamente previsto*» vanno interpretate nel senso che l'estensione al lavoro pubblico delle regole della l. 92/2012 richiede disposizioni espresse. Poiché non esiste alcuna norma che affermi che il nuovo art. 18 debba essere applicato nelle P.A., in questo ambito continua a produrre i suoi effetti «*il testo*

²⁶⁰ Trib. Bari 14.1.2013, cit., 119 – 120.

²⁶¹ Trib. Bari 14.1.2013, cit., 119.

²⁶² Trib. Santa Maria Capua Vetere 2.4.2013, Dott. Cervelli, in BARBIERI, DALFINO, 2013, 214.

²⁶³ Trib. Bari 14.1.2013, Dott.ssa Vernia, cit., 119 – 120.

²⁶⁴ Trib. Ancona, 31.3.2013, Dott.ssa Sbrano, p. 3.

²⁶⁵ Dott. Murgida.

"storicizzato" dell'art. 18 L. 300/1970 vigente alla data di entrata in vigore della legge di riforma» (p. 5).

La varietà dei ragionamenti espressi dalla giurisprudenza dimostra l'incertezza del quadro interpretativo. L'argomentazione fondamentale è basata sull'art. 51, c. 2, del d.lgs 165/2001. Tuttavia questa disposizione (come pure l'art. 2, c. 2 del d.lgs. 165/2001) è una norma generale che potrebbe essere derogata dal carattere speciale della regolazione prevista dai commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 92/2012, che ne esclude la applicazione²⁶⁶. La interpretazione dell'inciso contenuto nella prima parte del comma 7 dell'art. 1 ha dato vita alle soluzioni più diverse e non mi pare che se ne sia colta la varietà di significati che esso può avere. L'impressione, comunque, è che la giurisprudenza intenda evitare differenti regimi sanzionatori nel licenziamento nel settore pubblico e privato e, in questa opera di razionalizzazione, utilizzi l'ambiguità del testo per arrivare a queste conclusioni.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario valorizza soprattutto la *ratio* della riforma e, alla luce delle sue finalità, dà una lettura «orientata» del comma 7 dell'art. 1, che, tra l'altro, potrebbe essere una delle due possibili interpretazioni suggerite dalla disposizione.

In questo contesto, più che una armonizzazione effettuata dal Ministro della pubblica amministrazione, occorrerebbe un intervento legislativo diretto a chiarire un testo certamente assai scadente dal punto di vista della tecnica di redazione delle disposizioni.

11. Conclusioni.

Alcune considerazioni conclusive. La riforma dei licenziamenti e la sua valutazione in termini di «efficienza economica» esprimono una crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro, di cui sono espressione anche altre importanti riforme intervenute negli ultimi anni. Non credo che questa tendenza, ormai in atto da tempo, sia destinata ad essere modificata e credo, anzi, che al contrario la «colonizzazione» da parte dell'economia sia destinata a durare nel tempo. Spetta ai giuristi del lavoro difendere i «confini» di questa materia e ribadire la specificità della razionalità giuridica ed i valori da essa tutelati.

Per quanto riguarda la giurisprudenza mi pare che alcune delle opzioni interpretative della dottrina più «radicali» non siano state accolte. Mi riferisco in particolare alla tesi secondo cui tutti (o quasi) i licenziamenti ingiustificati sono discriminatori ed impongono la reintegra ed a quella

²⁶⁶ In altro modo si è affermato che il rinvio mobile dell'art. 51 «vale solo se ed in quanto le successive "modificazioni ed integrazioni" non abbiano escluso di poter essere applicabili anche ai pubblici dipendenti privatizzati» (F. CARINCI, 2013, 471 - 472). E si è sottolineato che «al riguardo, si deve ribadire che i commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 92/2012 hanno proprio questo effetto impeditivo» (PILATI, 2013, 15).

secondo la quale il risarcimento del danno é la regola generale in caso di recesso ingiustificato e la reintegrazione costituisce soltanto una *extrema ratio*. I giudici sembrano muoversi tra soluzioni interpretative che si sforzano di collocare la riforma nel sistema giuridico, operando su numerosi «varchi» lasciati da un testo che consente letture diverse soprattutto per la logica compromissoria che lo anima. In sede di primo bilancio, credo che si possa affermare che sino ad ora prevale una linea «intermedia». La giurisprudenza, pur non disconoscendo le innovazioni introdotte dalla riforma - che certamente liberalizza la disciplina dei licenziamenti - legge le nuove regole nell'ambito dei principi generali in materia di recesso desumibili da altre fonti normative (come ad esempio le nozioni di giusta causa o giustificato motivo) o da norme mai abrogate (l'art. 2106 c.c.) o dalle stesse scelte operate dall'autonomia collettiva.

Indubbiamente su alcuni aspetti - l'ambito di operatività del risarcimento del danno e della «reintegrazione attenuata» - vi sono ancora contrasti che impediscono di comprendere la possibile evoluzione della giurisprudenza. Dovremo quindi attendere ulteriori sviluppi e ritengo che solo tra qualche anno si potrà esprimere una valutazione più completa sull'assetto della materia.

Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2004), *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza. L'interpretazione del contratto collettivo*. Milano: Guffrè.

ALBI P. (2013), *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*. In: CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*. Torino: Utet, p. 260 ss.

ALLEVA P. (2012), *Proposta di emendamenti al ddl sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita*. www.dirittisocialiecittadinanza, 17 aprile 2012, p. 1 ss.

ARTONI R., D'ANTONI M., DEL CONTE M., LIEBMAN S. (2006), *Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study*. In: Legal Studies Research Paper Series, Research paper n. 6/2011. <http://ssrn.com/abstract=895095>, p. 1 ss.

BARBERA M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, RGL, I, p. 139 ss.

BARBIERI M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*. In: M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*. Bari: Cacucci, p. 11 ss.

BARBIERI M., DALFINO D. (2013), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*. Bari: Cacucci.

BIASI M. (2013), *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". It, 181/2013, <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.

BOBBIO N. (1938), *L'analogia nella logica del diritto*, Utet, Torino.

BOBBIO N. (1968), *Analogia*. NNDI, IX. Torino: Utet, p. 601 ss.

BORGHESI D., PELLACANI G. (2013), *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. In: G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*. Torino: Giappichelli, 254.

BRUN S. (2012), *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa ed interesse alla stabilità*, Padova: Cedam.

CALCATERRA L. (2009), *La giustificazione oggettiva del licenziamento, tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*. Napoli: Editoriale Scientifica.

CANNATI G. (2012), *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*. DLRI, p. 129 ss.

CANNATI G. (2013), *Profili di incostituzionalità della riforma dei licenziamenti*, RIDL, I, 199 ss.

CANNELLA G. (2012), *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n .92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it, p. 177 ss.

CARINCI F. (2012a), *Il licenziamento inefficace*. In: CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*. Milano: Ipsoa, p. 72 ss.

CARINCI F. (2012b), *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*. LG, 6, p. 529 ss.

CARINCI F. (2012c), *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore* (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012). Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro. www.csdle.lex.unict.it, (di prossima pubblicazione ADL, n. 4-5), p. 1 ss.

CARINCI F. (2012d), *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, ADL, p. 1103 ss.

CARINCI F. (2013), *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, ADL, 461 ss.

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

CARINCI M. T. (2012b), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*. Relazione al XVII Congresso nazionale AIDLASS, *Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi*, Pisa (7-9 giugno 2012), p. 1 ss. (dattiloscritto).

CARINCI M. T. (2012c), *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema, RIDL, II, 1052 ss.*

CESTER C. (2012a), *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Foriero*. Milano: Ipsoa, p. 30 ss.

CESTER C. (2012b), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*. ADL, p. 547 ss.

CESTER C. (2013), *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*. In: CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 1 ss.

CHIECO P. (2013), *Il licenziamento nullo*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Bari: Cacucci, p. 277 ss.

CNEL (2005), *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*. Roma, p. 113 ss.

CONTINI B., TRIVELLATO U. (2005), *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*. Bologna: Il Mulino.

CORTE COSTITUZIONALE (2009), *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*. Servizio Studi Corte Costituzionale. www.cortecostituzionale.it, p. 1 ss.

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

DELL'ARINGA C. (2011), *Seminario sulla flessibilità in uscita. Il diario del lavoro*, 30 settembre 2011. <http://www.ildiardellavoro.it>, p. 1 ss.

DELL'ARINGA C. (2012), *La riforma del lavoro: aspetti economici*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di). *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 42 ss.

DEL PUNTA R. (2001), *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro, DLRI*. P. 3 ss.

DEL PUNTA R. (2013a), *Epistemologia breve del diritto del lavoro, LD, 2013, 37 ss.*

DEL PUNTA R. (2013b), *I problemi del nuovo art. 18*. In: M. PEDRAZZOLI (a cura di). *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*. Milano: F. Angeli, p. 1 ss. (dattiloscritto).

DI MAJO A. (2001), *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè.

DIPARTIMENTO DEL TESORO – FONDAZIONE G. BRODOLINI (2012), *Treasury – Dynamic Microsimulation Model, Innovative Datasets and Models for Improving Welfare Policies*, Handout, Roma, 26 Gennaio 2012, p. 1 ss. (dattiloscritto).

D'ONGHIA M. (2013), *I vizi formali e procedurali del licenziamento*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci: Bari, p. 363 ss.

FABRIZI E., PERAGINE V., RAITANO M. (2013), *Flessibilità e lavoro in Italia e in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci: Bari, p. 49 ss.

FERRARESI M. (2012), *Il licenziamento per motivi oggettivi*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 256 ss.

GALANTINO M. L. (2012), *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*. In: PELLACANI G. (a cura di). *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 231 ss.

GALARDI R. (2013), *Il licenziamento disciplinare*. In: CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*. Torino: Utet, p. 277 ss.

GIUGNI G. (1989a), *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, 1979, ora in *Lavoro legge contratti*. Bologna: Il Mulino, 245 ss.

GIUGNI G. (1989b), *Il diritto del lavoro negli anni '80*, 1982, ora in *Lavoro legge contratti*. Bologna: Il Mulino, 293 ss.

GUASTINI R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*. In: Schlesinger P. (continuato da). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, p. 154 ss.

GUERRA A. (2008), *Il contratto collettivo, DLRI*, p. 669 ss.

- ICHINO P. (2011a), *Inchiesta sul lavoro*. Milano: Mondadori.
- ICHINO P. (2011b), *Una lettura errata dei dati Istat nel dibattito sulle cause del precariato*. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- ICHINO P. (2011c), *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, RIDL, I, p. 393 ss.
- ICHINO P. (2012), *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori* - Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- ISFOL (2013a), *La dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro – Anno 2012*, 10 maggio 2013, www.isfol.it, p. 1 ss.
- ISFOL (2013b), *Gli effetti della legge n. 92/2012 sulla dinamica degli avviamenti dei contratti di lavoro*, Rapporto n. 3, 30 luglio 2013, www.isfol.it, p. 1 ss.
- KUGLER A., PICA G. (2008), EFFECTS OF EMPLOYMENT PROTECTION ON WORKER AND JOB FLOWS: EVIDENCE FROM THE 1990 ITALIAN REFORM. *Labour Economics*, 15, 2008, p. 94.
- LEONARDI M. (2012), *L'indennità nell'incertezza*, La voce, 27 marzo 2012. <http://www.lavoce.info>, p. 1 ss.
- LISO F. (2013), *La Fiom e la rappresentanza in azienda*. In: Studi in onore di MARIO RUSCIANO, dattiloscritto, p. 1 ss.
- MARAZZA M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*. ADL, p. 612 ss.
- MARESCA A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*. RIDL, I, p. 415 ss.
- MARESCA A., DE LUCA TAMAJO R. (2012), *Più contratto, meno giudici*, Il Sole 24 Ore, 17 aprile 2012. www.ilsole24ore.com.
- MAZZAMUTO S. (2004), *Un'introduzione al mobbing*. In: TOSI P. (a cura di). *Il mobbing*. Torino: Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45.

MAZZAMUTO S. (2007), *Ancora sul mobbing*. In: Aa.Vv., *Il danno alla persona del lavoratore*. Milano: Giuffrè, p. 211 ss.

MAZZONI G. (1964), *Diritto del lavoro e sindacale, Enc. dir.*, XII. Giuffrè: Milano, 1074, 1067 ss.

MAZZOTTA O. (2013), *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.* In: CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*. Torino: Utet, p. 235 ss.

NOGLER L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali*. DLRI, p. 593 ss.

NOGLER L. (2012), *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*. DLRI, p. 665 ss.

NUZZO V. (2012), *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*. Napoli: Satura Editrice S.r.l.

OECD (2004), *OECD Employment Outlook*, Paris.

ORLANDINI G. (2012), *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*. DLRI, p. 623 ss.

OUA (2013), *Sul fronte dei licenziamenti oltre 16mila conciliazioni*, Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana, www.oua.it, p. 1.

PAGNI I. (2004), *Tutela specifica e tutela per equivalente*. Milano: Giuffrè.
PAGNI I. (2005), *Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*. RIDL, I, p. 489 ss.

PALAZZI P. (2011), *L'economia come scienza sociale e politica*. Roma: Aracne Editrice S.r.l., www.aracneeditrice.it, p. 1 ss.

PELLACANI G. (2012), *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*. In: PELLACANI G. (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 1 ss.

PERSIANI M. (2013), *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, ADL, p. 1 ss.

PERULLI A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*. DLRI, p. 6 ss.

PERULLI A. (2011), *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, DLM, p. 403 ss.

PERULLI A. (2012a), *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RGL, I, p. 561 ss.

PERULLI A. (2012b), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, ADL, p. 785 ss.

PERULLI A., SPEZIALE V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro*. CSDLE.It, 132, p. 1 ss.

PILATI A. (2013), *Sull'inapplicabilità del nuovo art. 18 st. lav. al lavoro pubblico privatizzato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 187, [www.http://csdle.lex.unict.it](http://csdle.lex.unict.it), p. 1 ss.

PISANI C. (2013), *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, ADL, p. 264 ss.

PONTERIO C. (2013a), *Il licenziamento per motivi economici*, in F. Amato, R. Sanlorenzo (a cura di), *Riforma Fornero: un'analisi ragionata* (L. n. 92/2012), eBook, Altalex Editore, 143 ss.

PONTERIO C. (2013b), *Il licenziamento per motivi economici*, ADL, p. 73 ss.
PROTO PISANI A. (2004), *Note sulla tutela civile dei diritti*. In: BARBIERI M., MACARIO F., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 40 ss.

REYNERI E. (2006), *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*. DLM, p. 2.

REYNERI E. (2011), *Sociologia del mercato del lavoro*, I. Bologna: Il Mulino.

ROMEI R. (2012), *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, RIDL, II, p. 1072 ss.

ROMEO C. (2012), *La legge "Fornero" ed il rapporto di impiego pubblico*, LPA, p. 713 ss.

ROSSI F., DE MOZZI B., (2013), *I licenziamenti inefficaci*. In: C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 191 ss.

SALVALAIO M. (2013), *La procedura preventiva di conciliazione*. In: C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 235 ss.

SANTINI F. (2012), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro - Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano: Giuffrè, p. 236 ss.

SANTORO PASSARELLI G. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, ADL, p. 231 ss.

SCARPELLI F. (2012), *Il licenziamento individuale per motivi economici*. In: M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*. Milano: I Quaderni di Wikilabour, 103.

SCARPELLI F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, RIDL, p. 279 ss.

SCIARRA S. (2013), *Monitoraggio e valutazioni: le riforme nella prospettiva delle politiche occupazionali europee, 2013*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci: Bari, p. 37 ss.

SORDI P. (2013a), *Il nuovo art. 18 della legge n. 30 del 1970*. In: DI PAOLA L. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*. Milano: Giuffrè, p. 251 ss.

SORDI P., (2013b), *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*. In: ID. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, 252.

SPEZIALE V. (2004), *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*. In: BARBIERI M., MACARIO F., TRISORIO LIUZZI G. (a cura di). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 87 ss.

SPEZIALE V. (2008), *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*. DLRI, p. 613 ss.

- SPEZIALE V. (2010), *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, DLRI, p. 1 ss.
- SPEZIALE V. (2012), *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*. RIDL, I, p. 521 ss.
- SPEZIALE V. (2013), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Bari: Cacucci, p. 305 ss.
- TATARELLI M. (2012), *Il licenziamento individuale e collettivo*. Padova: Cedam.
- TEALDI C. (2012), *La flessibilità non ferma il sommerso*, La voce.it, 8 maggio 2012. <http://www.lavoce.it>, p. 1 ss.
- TEUBNER G. (1999), *Diritto policontesturale*. Napoli: La città del sole.
- TOPO A. (2012), *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*. In: CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*. Milano: Ipsoa, p. 62 ss.
- TOPO A. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. In: CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 139 ss.
- TREMOLADA M. (2012), *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 stat. Lav.* In: CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*. Milano: Ipsoa, p. 49 ss.
- TREMOLADA M. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*. In: CESTER C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*. Padova: Cedam, p. 107 ss.
- TREU T. (2012a), *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*. In: MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 22 ss.
- TREU T. (2012b), *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*. CSDLE.It, 155, p. 1 ss.
- TREU T. (2013), *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, DLRI, p. 597 ss.

TULLINI P. (2013), *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, RIDL, I, 147 ss.

VALLEBONA A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*. Giappichelli: Torino.

VERDE G. (2001), *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*. In: AA.Vv., *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffré, 2001, p. 60 ss.

ZOPPOLI L. (2012), *Flex-insecurity. La Riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*. Napoli: ESI.