



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto del Lavoro Progredito 2

LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI E JOBS ACT

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Raffaele Fabozzi

CANDIDATO
Francesca Di Martino
Matr.115393

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Antonio Dimitri Zumbo

Anno Accademico 2017-2018

Indice

Introduzione

Capitolo I. I licenziamenti

1.1 La genesi del rapporto di lavoro

1.2 Rapporto di lavoro e contratto di lavoro

1.3 Le cause di estinzione del rapporto di lavoro

1.4 Licenziamento per facta concludentia

1.5 L'evoluzione della normativa sul licenziamento

1.6 Il licenziamento nell'Unione Europea

Capitolo II. I licenziamenti illegittimi

2.1 Le tipologie di licenziamento

2.2 La giusta causa

2.3 Licenziamento per giustificato motivo soggettivo

2.4 Licenziamento per giustificato motivo oggettivo

2.5 Licenziamento Collettivo

2.6 Il licenziamento disciplinare

2.7 Recesso ad nutum

2.8 La forma e il procedimento del licenziamento

2.9 Gli indici di illegittimità del licenziamento e il licenziamento discriminatorio

2.10 La “Riforma Fornero” e le modifiche dell’art. 18. La tutela del lavoratore licenziato in maniera illegittima

2.11 Impugnazione del licenziamento

Capitolo III. Il Jobs Act

3.1 La terminologia e gli obiettivi della riforma

3.2 Il contratto a tempo indeterminato e le tutele crescenti

3.3 Licenziamento discriminatorio

3.4 Licenziamento inefficace

3.5 Licenziamento del lavoratore disabile

3.6 Licenziamento disciplinare illegittimo

3.7 Rito del lavoro per gli assunti dopo il 7 marzo 2015

3.8 La disciplina organica dei contratti di lavoro

3.9 La disciplina delle mansioni

Conclusioni

Bibliografia

Sitografia

Introduzione

Il lavoro costituisce da sempre una parte fondamentale della vita di ogni persona. La nostra analisi parte da questa semplice constatazione per approfondire un tema molto delicato, quello del licenziamento con particolare attenzione al licenziamento illegittimo ed alla sua configurazione nell'ambito dell'ordinamento italiano, fino alle ultime modifiche apportate dai governanti italiani. La prima sezione sarà caratterizzata da una panoramica sulla definizione di rapporto di lavoro e conseguentemente sul diritto ad esso dedicato, con un occhio di riguardo alla nostra Costituzione ed agli articoli che garantiscono il diritto al lavoro di ogni persona. Proseguiremo poi con un'analisi del contratto di lavoro, dei relativi requisiti di validità e dei tipi di rapporto esistenti per poi porre l'attenzione sulle possibili cause di estinzione. La prima parte si concluderà riportando l'evoluzione della normativa italiana sulla tematica del licenziamento, sia individuale che collettivo, con un ulteriore focus sulla normativa comunitaria.

La sezione successiva entrerà ancora più nei dettagli con la rassegna delle tipologie principali di licenziamento: giusta causa, per giustificato motivo soggettivo, per giustificato motivo oggettivo. A quel punto sarà opportuno trattare gli aspetti formali e procedurali del licenziamento con un'attenzione particolare per il licenziamento discriminatorio e per gli indici di illegittimità. Ultima sezione del secondo capitolo propedeutica all'ultimo grazie al riferimento allo Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 20 maggio 1970) ed alla

cosiddetta Riforma Fornero (legge n. 92 del 28 giugno 2012). L'attualità sarà l'argomento principale del capitolo conclusivo che verterà sul "Jobs Act", termine che deriva dall'acronimo "Jumpstart Our Business Startups Act". Il "Jobs Act" è la riforma del diritto del lavoro promossa ed ideata dal Governo guidato da Matteo Renzi attraverso vari provvedimenti legislativi tra il 2014 ed il 2015. L'analisi partirà dalla definizione di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e poi entrerà nel dettaglio delle ipotesi di licenziamento illegittimo il cui regime sanzionatorio per il datore di lavoro comporta la reintegrazione del lavoratore ed infine si concentrerà sul D.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 relativo alla modifica della disciplina organica dei contratti di lavoro e delle mansioni.

Capitolo I

I licenziamenti

1.1 La genesi del rapporto di lavoro

Il celebre filosofo Marx individuava nel lavoro, inteso come capacità umana di trasformare il mondo circostante, un bisogno insopprimibile e fondamentale dell'essere umano¹.

Possiamo considerare il diritto del lavoro come una disciplina relativamente nuova, poiché soltanto agli inizi dell'Ottocento quando emerse l'esigenza di mediare le aspettative della classe lavoratrice con quelle della produzione, iniziamo ad individuare una legislazione in tale materia.

Inizialmente, nell'ambito liberale ottocentesco, il codice civile del 1865 costruiva il contratto di lavoro come species del contratto di locazione, disponendo che “il contratto di locazione ha per oggetto le cose e le opere”²; tale disposizione era inoltre precisata ulteriormente dall'art. 1627 che specificava che “vi sono tre principali specie di locazione di opere e d'industria: quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio, quella de' vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose e

¹ K.Marx, *Manoscritti economico – filosofici del 1844*, N.Bobbio (a cura di), Torino, Einaudi, 1983, pag. 71.

² Art. 1568 cod.civ. 1865.

quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo”.

Nell’evoluzione storica moderna del diritto del lavoro italiano possiamo invece distinguere, a grandi linee, tre distinte fasi storiche: la fase della prima legislazione sociale, in cui le leggi in materia di lavoro si presentano come norme eccezionali rispetto al diritto privato; la fase dell’incorporazione del diritto del lavoro nel sistema del diritto privato, caratterizzata dall’introduzione, nella codificazione civile, della disciplina delle leggi e dei contratti collettivi; la fase della costituzionalizzazione del diritto del lavoro, i cui principi fondamentali sono garantiti dalla Carta Costituzionale.

La legislazione sociale si presentava in posizione eccezionale rispetto al sistema del diritto comune, come risposta dell’ordinamento alla questione sociale creata per effetto della rivoluzione industriale. Essendo quest’ultima caratterizzata da un crescente sviluppo capitalistico della produzione, basato sull’organizzazione collettiva e sulla divisione del lavoro, nacque l’esigenza di sviluppare una serie di disposizioni legislative, come quelle riguardanti il riposo settimanale e festivo, dettate a proteggere il lavoratore in quanto contraente più debole.

In Italia, a titolo esemplificativo, la fase della legislazione sociale iniziò con la tutela dei fanciulli e delle donne.

La fase dell’incorporazione invece, caratterizzata da una accresciuta rilevanza giuridica del fenomeno del lavoro dipendente, inteso come impiego di manodopera all’altrui servizio, si realizzò attraverso il ridimensionamento dello strumento della legge speciale, cui veniva assegnato un ruolo integrativo e non più esclusivo, e con il passaggio all’inserzione del diritto del lavoro nella codificazione unificata del diritto privato³. Infatti il codice civile del 1942 unificò al proprio interno non soltanto il diritto civile e il diritto commerciale, ma anche

³ E. Ghera – A. Garilli – D. Garofalo, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 6.

il diritto del lavoro, che, tuttavia, rispetto alle altre due branche continua, ancora oggi, a mantenere una disciplina autonoma.

Proprio il codice civile contribuì a rafforzare i principi cardine della materia, quali il principio della tutela del lavoratore come contraente debole o il principio secondo cui il lavoratore è subordinato all'interesse dell'impresa ed all'autorità dell'imprenditore. Un altro fenomeno che portò all'incorporazione del diritto del lavoro nel codice del 1942 fu quello della "giuridificazione del contratto collettivo", dapprima nella forma del "concordato di tariffa", fondato sull'adesione volontaria di lavoratori ed imprenditori, e successivamente nella forma pubblicistica della "contrattazione collettiva corporativa", la quale fungeva da fonte del diritto grazie alla competenza attribuita alla potestà normativa dei sindacati nell'ambito delle categorie professionali.

Il sistema corporativo fascista aveva messo al bando la libertà sindacale e aveva trasformato il contratto collettivo in un atto normativo eteronomo, proveniente dal sindacato unico fascista. La corporazione riuniva rappresentanti sindacali delle due parti contrapposte (lavoratori ed imprenditori) e stabiliva le norme della produzione, sotto il controllo del Ministero delle Corporazioni; veniva, poi, affidato alla Magistratura del Lavoro il compito di dirimere le controversie giuridiche ed economiche.

Punto essenziale di svolta nell'evoluzione del diritto del lavoro coincide con l'emanazione della Costituzione repubblicana, momento in cui la materia, abbandonando la visione fascista, viene orientata alla luce dei principi costituzionali.

La tematica del lavoro risulta fondamentale nella Costituzione, infatti se ne fa menzione fin dall'articolo 1: "*L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro*". Ulteriori richiami al lavoro si individuano nei principi fondamentali, nell'art. 4, ed infine nel Titolo

III della Parte Prima.

Volendo prendere in esame i singoli articoli che si occupano della materia, quelli che vengono in rilievo sono:

- l'art. 2⁴, che da un lato, contribuisce all'ampliamento della categoria dei diritti civili dei lavoratori e, dall'altro, conferisce efficacia inter privata alle libertà fondamentali.
- l'art. 3⁵, in cui viene espresso il principio di eguaglianza, e di conseguenza il divieto del legislatore di effettuare trattamenti discriminatori tra lavoratori.
- l'art. 4 ⁶, che considera il lavoro come diritto-dovere e dà anche una definizione di “lavoro”, come “una attività o una funzione che concorre al progresso materiale e spirituale della società”.
- l'art. 35, che dispone che la Repubblica tutela il lavoro, promuove gli accordi e le organizzazioni internazionali volti ad affermare i diritti dei lavoratori, riconosce la libertà di emigrazione.
- l'art. 36⁷: Che enuncia il diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata e sufficiente, e il diritto irrinunciabile al riposo settimanale e alle ferie, ponendo altresì il principio che la durata massima della giornata lavorativa debba essere stabilita con legge.

⁴ Art 2 Cost. :*“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”*

⁵ Art 3 Cost. :*“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”

⁶ Art 4 Cost: *“La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.*

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.”

⁷ Art 36 Cost: *“Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.*

La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.”

- l'art. 37⁸, che disciplina il lavoro femminile e il lavoro minorile, che stabilisce a parità di lavoro, la parità di retribuzione tra uomo e donna.
- l'art. 38⁹, in cui è prefigurato l'intervento assistenziale nonché quello previdenziale a favore dei lavoratori subordinati *"in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria"*;
- l'art. 39¹⁰, che tratta della libertà sindacale, del sindacato riconosciuto e del contratto collettivo;
- l'art. 40, a norma del quale *"Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano"*.

Con l'emanazione della Costituzione vengono introdotti il concetto di "dignità sociale del cittadino" e di protezione del lavoratore come soggetto-contraente più debole, il quale diventa un vero e proprio fondamento ideologico e non una mera concessione del legislatore.

Successivamente, negli anni '60, per garantire la dignità sociale enunciata dalle disposizioni costituzionali, vennero attuati diversi interventi, primo fra tutti quello avutosi con la legge n. 604 del 1966 inerente la disciplina del licenziamento individuale, con la quale si

⁸ Art 37 Cost: *"La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione."*

La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato.

La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione."

⁹ Art 38 Cost: *"Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale."*

I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.

Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale.

Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera."

¹⁰ Art 39 Cost : *"L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. E' condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono essere rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce."*

garanti una maggior tutela del lavoratore tramite la limitazione dei poteri dell'imprenditore, attraverso strumenti quali l'introduzione del giustificato motivo e la nullità dei licenziamenti intimati per rappresaglia sindacale.

Molto spesso le forme contrattuali nelle quali si organizzano i rapporti di lavoro e le leggi che dettano le norme generali sono oggetto di discussioni e di confronto tra le forze politiche e le organizzazioni sociali¹¹, in quanto ineriscono, come anticipato, una tematica riguardante la vita di ogni cittadino, in quanto connessa ad un processo di evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso, e come tale di carattere "continuo". In tale ottica basti pensare che non sono state poche le sentenze della Corte Costituzionale concernenti la disciplina del rapporto di lavoro e tendenti ad adeguare progressivamente (tramite la cd. interpretazione evolutiva) la normativa del Codice Civile e delle leggi speciali al dettato costituzionale.

1.2 Rapporto di lavoro e contratto di lavoro

Possiamo definire il rapporto di lavoro, come quel rapporto giuridico che si instaura tra le parti che sottoscrivono un contratto di lavoro.

Questo è considerato come quella relazione di scambio nella quale il datore di lavoro e il lavoratore si vincolano reciprocamente all'erogazione di una remunerazione e a un insieme di prestazioni professionali.

Il codice civile non né da una vera e propria definizione e non ci permette di identificarne la natura contrattuale o meno. Oggi è

¹¹Ne costituiscono esempi lampanti gli accesi confronti, attenzionati anche dai media, relativi alle proposte di abolizione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e, in tempi più recenti, quelle precedenti all'emanazione del Jobs Act.

comunque prevalse la teoria dell'origine contrattuale del rapporto di lavoro, ciò, nonostante un indirizzo della Cassazione ritenesse “che lo stesso potesse nascere anche tramite un accordo tacito, stipulato attraverso un comportamento concludente, rivelatore della volontà delle parti a manifestare il proprio consenso.”¹²

Il rapporto di lavoro trova quindi la sua configurazione giuridica nel contratto di lavoro.

La dottrina più moderna ci ha dato una definizione di contratto di lavoro; infatti, per la stessa si tratta di “un contratto oneroso di scambio a prestazioni corrispettive, nel quale la causa è costituita proprio dallo scambio tra lavoro e retribuzione secondo un vincolo di reciprocità”.¹³

“È retto dal principio di effettività, secondo il quale deve tenersi conto del rapporto svolto concretamente, a prescindere dal nomen juris attribuitogli dalle parti, e deve inoltre rientrare negli schemi previsti dalla legge.”¹⁴

“Le parti” cui la dottrina fa riferimento, e quindi i soggetti su cui gravano una serie di obbligazioni, sono il datore di lavoro e il lavoratore. Per la valida stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato è richiesto un requisito legale di età minima; la legge fissava in generale per l'accesso al lavoro l'età minima a 15 anni: dall'1 Settembre 2007 è stata elevata a 16 anni (*ex art. 1, comma 622, legge n. 296/2006*). Tale requisito di età minima comporta un adattamento, nell'area del rapporto di lavoro subordinato, delle nozioni civilistiche di capacità giuridica e capacità di agire. La prima, che riguarda l'attitudine ad essere parte di rapporti giuridici, relativamente al contratto di lavoro, non può ovviamente acquistarsi

¹² Cass. n. 2165/69, 1370/74, SS.UU. n. 3372/72, n. 4149/86.

¹³ Enciclopedia online- Treccani.it, Rapporto di lavoro.

¹⁴ E.Ravera - G.Russo, “*Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*”, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 277 ss.

dalla nascita, secondo la regola generale dell'art. 1 c.c., ma soltanto dal raggiungimento dell'età minima per l'ammissione al lavoro: ragione per la quale in materia di lavoro si suole parlare di capacità giuridica speciale¹⁵. Le obbligazioni che fanno capo ai due soggetti del rapporto sono essenzialmente due, quella del lavoratore di esercitare la prestazione lavorativa, e quella del datore di lavoro, di riconoscergli una retribuzione per la prestazione ricevuta.

Una delle caratteristiche principali del contratto di lavoro è di essere caratterizzato dall'“*intuitus personae*”, ossia quel forte legame di fiducia che si instaura tra le parti che lo sottoscrivono.

La sua validità è subordinata all'esistenza di alcuni requisiti:

- consenso delle parti;
- causa;
- oggetto;
- forma.

Per quanto riguarda il primo requisito, è richiesto che entrambe le parti abbiano la capacità di concludere il contratto, e quindi che la volontà espressa dalle stesse non sia viziata da: errore (inteso come falsa rappresentazione della realtà); violenza (la manifestazione di volontà deve essere espressa liberamente senza costrizioni); dolo (inteso come raggiro).

Passando alla causa, il rapporto di lavoro consiste in un rapporto contrattuale di scambio (in particolare nello scambio tra le obbligazioni del prestatore di lavoro e del datore, dunque uno scambio tra la collaborazione da un lato e la retribuzione dall'altro) e pertanto le posizioni giuridiche attive e passive in cui si articola l'organizzazione del lavoro vanno riferite ai singoli contratti di lavoro,

¹⁵ M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro: Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 132.

e non all'organizzazione in sé considerata come autonoma fonte di rapporti giuridici. Tuttavia il contratto di lavoro si distingue dagli altri schemi negoziali di scambio per la particolare caratteristica consistente nella rilevanza giuridica che, ai fini della qualificazione causale del contratto, cioè della sua funzione tipica, è attribuita al risultato finale che il datore di lavoro si propone, cioè al risultato tecnico, da lui prestabilito, dell'organizzazione produttiva, della quale il rapporto è destinato a svolgersi come elemento costitutivo¹⁶. Quindi in virtù del descritto ampliamento della causa del contratto, il lavoratore non si obbliga semplicemente a prestare la propria attività di lavoro in determinate e specifiche mansioni, ma si obbliga, come afferma espressamente l'art. 2094 c.c., a collaborare nell'impresa, così che il risultato produttivo cui questa è ordinata diviene il punto di riferimento per la determinazione del contenuto e del modo di essere della prestazione dovuta.

L'oggetto del contratto è costituito dalla prestazione lavorativa, manuale o intellettuale che sia, che il lavoratore deve svolgere, e dalla retribuzione che il datore di lavoro si impegna a corrispondere all'altra parte come controprestazione. La determinazione dell'oggetto, nel contratto di lavoro, assume una rilevanza ancora maggiore rispetto a quanto avviene negli altri contratti; difatti se nel contratto di lavoro non fosse determinato l'oggetto, il prestatore di lavoro, potenzialmente, potrebbe restare assoggettato al potere direttivo della parte datoriale in maniera indefinita e trovarsi, di conseguenza, costretto a svolgere qualsiasi tipo di prestazione¹⁷. L'oggetto del contratto di lavoro deve essere lecito e possibile; esso è impossibile quando sussistono elementi che, valutati oggettivamente, non consentono assolutamente alle parti di adempiere alle rispettive

¹⁶ L. Mengoni, *Il contratto di lavoro*, Milano, Vita e Pensiero 2004, pag. 21.

¹⁷ G. Falasca, *Manuale di diritto del lavoro. Costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro*, Roma, Gruppo 24 Ore, pag. 101.

obbligazioni (si pensi a un incendio dell'unico stabilimento produttivo di cui era titolare il datore di lavoro). Nei rari casi in cui l'impossibilità sussista sin dall'inizio si ha la nullità del contratto; ciò sarebbe possibile ad esempio nel caso (peraltro di difficile applicazione nella pratica) in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta per motivazioni di ordine giuridico, come nell'ipotesi di una prestazione lavorativa che è proibita dalla legge. A quest'ultima circostanza si collega inoltre il vizio dell'illiceità dell'oggetto, che si ha quando l'obbligazione è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume. Quando invece l'impossibilità è sopravvenuta in un momento successivo alla conclusione dell'accordo, la conseguenza è la risoluzione, ai sensi dell'art. 1463 c.c. Alla luce delle valutazioni svolte circa l'oggetto della prestazione non rilevano ovviamente fattori soggettivi quali lo sforzo o l'impegno necessario per adempiere le rispettive obbligazioni.

Infine, per quanto riguarda la forma del contratto di lavoro, si fa riferimento alle disposizioni dettate per i contratti in generale, quindi al principio di libertà di forma espresso nel codice civile. Il contratto potrà di conseguenza essere stipulato anche oralmente o per fatti concludenti, anche se è molto più privilegiata la forma scritta, dal momento che la regola menzionata non è priva di eccezioni. Basti pensare che per il contratto di arruolamento marittimo è richiesta, a pena di nullità *ex art. 328 Codice della Navigazione*, la stipulazione per atto pubblico mentre alcuni contratti di lavoro, per così dire atipici, con l'obiettivo di rendere consapevole il lavoratore delle particolari caratteristiche del rapporto instaurato richiedono necessariamente la forma scritta¹⁸.

Il datore di lavoro ha inoltre l'obbligo di informare il lavoratore relativamente a certi elementi del rapporto ritenuti di carattere

¹⁸ Si pensi al contratto di lavoro sportivo.

essenziale, ossia identità delle parti, luogo di lavoro, data di inizio del rapporto, durata, inquadramento, importo e periodicità di versamento della retribuzione, ferie, orario di lavoro, termini di preavviso nel caso di licenziamento. Ai sensi del d.lgs. n. 152/1997 tale obbligo grava su qualsiasi datore di lavoro, sia pubblico che privato, e deve essere assolto all'atto dell'assunzione, prima dell'inizio dell'attività di lavoro¹⁹, provvedendo, contestualmente, a consegnare al lavoratore una copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro (art. 9 *bis*, comma 2, legge n. 608/1996).

Analizzati gli elementi essenziali del contratto, c'è da dire che tutto il diritto del lavoro nasce e si sviluppa attorno al rapporto di lavoro tipico: il lavoro subordinato.

Anche per quanto riguarda il rapporto di lavoro subordinato, il nostro codice non ci dà una definizione, ma disciplina il prestatore di lavoro subordinato all'art 2094 c.c.²⁰, come “colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.” Da questa disposizione è quindi possibile estrapolare i due requisiti che caratterizzano il lavoro subordinato ossia, la cosiddetta eterodirezione, e la dipendenza del lavoratore dal datore di lavoro. Nonostante ciò non è sempre semplice identificare la natura subordinata di un rapporto, per questo la giurisprudenza ha elaborato una serie di indici idonei a rilevare la subordinazione tra cui:

- la sottoposizione del lavoratore alle direttive del datore di lavoro;

¹⁹ M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro: Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 135.

²⁰ Si riporta l'art 2094 c.c (*Prestatore di lavoro subordinato*): “È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”.

- lo svolgimento della prestazione lavorativa, attraverso gli strumenti messi a disposizione dal datore di lavoro al lavoratore;
- il rispetto di un orario di lavoro da parte del lavoratore;
- l'insussistenza di un rischio d'impresa a carico del lavoratore.

Ovviamente questi indici sono indicativi ma non tassativi, di conseguenza, la giurisprudenza potrà avvalersi anche di altri indici al fine di identificare la vera natura del rapporto.

1.3 Le cause di estinzione del rapporto di lavoro

Volendo analizzare uno degli aspetti più importanti, ma anche più controversi del rapporto di lavoro subordinato, bisogna necessariamente far riferimento all'estinzione dello stesso, e in particolare alle cause che ne possono comportare la cessazione.

Il rapporto di lavoro è, infatti, un rapporto di durata, poiché è destinato a durare per un certo periodo, e prima o poi destinato ad estinguersi.

Riferendoci al criterio della durata possiamo inoltre distinguere i rapporti in due grandi categorie: quelli destinati ad estinguersi ad una scadenza predeterminata (rapporti a tempo determinato); e quelli destinati ad estinguersi per effetto di una iniziativa di entrambe le parti (rapporti a tempo indeterminato)²¹.

Ora qualunque sia la natura del rapporto, l'ordinamento disciplina una serie di cause che ne possono comportare l'estinzione.

In particolare un contratto può estinguersi per:

²¹ AA.VV., *I licenziamenti individuali e collettivi*, G. Pellacani (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013, pag. 87.

1. Risoluzione consensuale (per volontà delle parti): in questo caso vi è la volontà di entrambe le parti a procedere all'estinzione del rapporto, ciò si verifica solitamente quando è venuta meno la convenienza reciproca alla prosecuzione dello stesso.

La risoluzione consensuale è disciplinata dall'art 1372 c.c.²², che si occupa dello scioglimento del contratto per mutuo consenso. Questo tipo di risoluzione è applicabile ad ogni tipo di contratto, anche a quelli a tempo determinate, in relazione ai quali si discute della legittimità dell'apposizione del termine.

La giurisprudenza di legittimità afferma in base alle disposizioni del codice, che il contratto di lavoro è suscettibile di risoluzione consensuale²³, e che la fattispecie suddetta possa essere riscontrata anche in caso di omissione di dichiarazioni, ma in presenza di comportamenti significativi delle parti, coerenti alla situazione giuridica di "inesistenza del rapporto".

In particolare la Suprema Corte ha rilevato come sia possibile sussumere sotto la fattispecie dell'art 1372, il comportamento tenuto dalle parti che determini la cessazione delle funzionalità di fatto del rapporto di lavoro, in base a modalità che evidenzino il disinteresse delle parti alla sua attuazione; anche se si precisa che, non essendo possibile attribuire effetti negoziali alla mera inerzia, spetterà al giudice di merito individuare gli elementi che permettono di ritenere perfezionata la fattispecie.

Quindi in definitiva, è possibile far rientrare nella fattispecie della risoluzione consensuale per mutuo consenso ai sensi dell'art 1372, anche quei comportamenti tenuti dalle parti, che in relazione alla scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto,

²² Si riporta per comodità l'art. 1372 (*Efficacia del contratto*): "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge".

²³ S.Giordano, *Brevi Cenni in tema di estinzione del rapporto di lavoro e risoluzione consensuale del contratto*, in Riv. Giur. Sard, 2006, n. 2, p. 424

determinano la cessazione della funzionalità di fatto dello stesso rapporto , purchè per modalità e tempistiche siano tali da evidenziare la completa mancanza di interesse alla sua prosecuzione.

Dottrina e giurisprudenza guardano a tale modo di estinzione del rapporto di lavoro con sospetto, poiché vedono in essa un modo per aggirare la tutela legale prevista per il lavoratore. Ecco perché la giurisprudenza prevede:

- a) Un obbligo di manifestazione scritta della volontà di risoluzione consensuale.
- b) Invalidità della risoluzione consensuale , per assenza della manifestazione di volontà assistita del lavoratore
- c) Annullamento per incapacità di intendere, intesa anche come momentanea diminuzione delle capacità intellettive, che ne impedisce una seria valutazione o che comunque impedisce la formazione di una volontà cosciente²⁴.

Per la risoluzione consensuale non sono previsti vincoli di forma, la stessa può rivelare sia tramite una manifestazione di volontà sia, come detto in precedenza attraverso comportamenti concludenti (*facta concludentia*), dai quali si evince la volontà di non proseguire più il rapporto di lavoro.

La relativa disciplina è stata modificata dalla Riforma Fornero, che ha previsto per la sua validità la convalida da parte della Direzione territoriale del lavoro .²⁵ Questo aspetto verrà inoltre approfondito in seguito, quando parleremo delle dimissioni, anch'esse sottoposte alla stessa disciplina.

Dottrine e giurisprudenza sono invece ancora divise sulla legittimità da attribuire alle cosiddette “clausole di risoluzione automatica”, inserite spesso nei contratti collettivi che prevedono l'estinzione

²⁴ R. Pessi, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, pag. 91.

²⁵ “L'estinzione del rapporto di lavoro” IN WIKIVERSITÀ.

automatica del rapporto di lavoro al verificarsi di un determinato evento.

2. Per scadenza del termine, indicato nei contratti di lavoro, per i soli contratti a tempo determinato. In questo caso il rapporto si estingue senza alcuna manifestazione di volontà, poiché “l’estromissione del lavoratore dall’azienda costituisce attuazione del termine”.

3. Per morte del lavoratore: regola non esplicitata nell’attuale codice civile nel quale viene data per scontata in quanto supportata dagli art 2118-2122²⁶, che prevedono la ripartizione tra i familiari superstiti “dell’indennità di morte” ossia quella comprensiva dell’indennità di anzianità e quella di mancato preavviso²⁷.

L’indennità costituisce una somma che è corrisposta al prestatore di lavoro a titolo di rimborso spese, oppure in corrispondenza di speciali oneri o disagi connessi allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Quella di morte è pagata al coniuge superstite che al momento del decesso, non abbia maturato il diritto alla pensione. Per quanto riguarda l’indennità di mancato preavviso l’art 2121 c.c.²⁸, stabilisce

²⁶ Si riporta per comodità l’art 2122 c.c (*Indennità in caso di morte*): “In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120, devono corrispondersi al coniuge, ai figli e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado.

La ripartizione delle indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno.

In mancanza delle persone indicate nel primo comma, le indennità sono attribuite secondo le norme della successione legittima.

È nullo ogni patto anteriore alla morte del prestatore di lavoro circa l’attribuzione e la ripartizione delle indennità”.

²⁷ AA.VV., *I licenziamenti individuali e collettivi*, G. Pellacani (a cura di), op. cit, pag. 125.

²⁸ Art 2121 (*Computo dell’indennità di mancato preavviso*): “L’indennità di cui all’art 2118 deve calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti ed ogni altro compenso di carattere continuativo, con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese

Se il prestatore di lavoro è retribuito in tutto o in parte con provvigioni, con premi di produzione o con partecipazioni, l’indennità suddetta è determinata sulla media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato.

Fa parte della retribuzione anche l’equivalente del vitto e dell’alloggio dovuto al prestatore di lavoro”.

che l'indennità deve calcolarsi computando "le provvigioni i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti o ogni altro compenso di carattere continuativo, con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese." Il principio è quello per cui deve tenersi conto di tutte le componenti retributive, purché abbiano carattere continuativo.²⁹

Inoltre la morte del datore di lavoro a differenza di quella del lavoratore non comporta l'estinzione del rapporto di lavoro, ma di solito si avrà la prosecuzione del rapporto in capo ad un nuovo datore di lavoro.

4. Per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa o per forza maggiore: queste possono riferirsi sia al lavoratore che al datore di lavoro. Secondo la dottrina maggioritaria se queste si riferiscono al datore di lavoro, possono integrare solo un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nozione che andremo a specificare in seguito.

L'estinzione del rapporto per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa è disciplinata agli artt. 1256³⁰ -1258³¹ c.c, e per la stessa intendiamo quell'impedimento, che abbia carattere definitivo o quanto meno temporaneo da essere assimilato a quello definitivo,

²⁹ G.Pera, in *Diritto del lavoro*, G. Pera – M. Papeloni (a cura di), Padova, Cedam, 1990, pag. 320.

³⁰ Si riporta per comodità l'art 1256 (*Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea*): "L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.

Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla".

³¹ Si riporta l'art 1258 (*Impossibilità parziale*): "Se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile".

La stessa disposizione si applica quando, essendo dovuta una cosa determinata, questa ha subito un deterioramento, o quando residua alcunché dal perimento totale della cosa.

che non può essere superato nemmeno con l'obbligo di diligenza richiesto. Tra le ipotesi di estinzione del rapporto per impossibilità sopravvenuta assume un rilievo particolare quella per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore ove l'impossibilità sia di durata indeterminata e il lavoratore non possa essere adibito a mansioni differenti. La definizione di forza maggiore è invece quella di ogni forza esterna che, per il suo potere superiore, determina la persona contro la sua volontà, in modo necessario e inevitabile, al compimento di un atto positivo o negativo. Un evento quindi derivante dalla natura o dal fatto dell'uomo che non può essere preveduto o che, anche se preveduto, non può essere impedito.³² Un esempio può essere considerato la distruzione degli impianti dell'azienda causati da un terremoto. La forza maggiore inoltre è una causa che agisce di diritto, senza alcun atto unilaterale.

5. Per recesso unilaterale (per iniziativa di una delle parti): il recesso del datore di lavoro chiamato licenziamento, quello del lavoratore chiamato dimissioni.

Tra tutte le forme elencate che possono dar luogo all'estinzione del rapporto la giurisprudenza ha dato un ruolo centrale all'istituto del recesso. Esso costituisce l'esercizio di un diritto potestativo, con il quale una delle parti produce lo scioglimento totale o parziale del vincolo contrattuale, in deroga al già citato art 1372 c.c., che prevede che un contratto possa essere sciolto solo per mutuo consenso o per altre cause stabilite dalla legge. Il recesso può essere legale o convenzionale.

Parliamo di recesso legale quando è espressamente previsto dalla legge, quello convenzionale trova la sua fonte nell'accordo delle parti.

³² Codici Simone "definizione di forza maggiore".

È disciplinato all'art 1373 c.c.³³ dove è prevista la possibilità di esercitare il recesso fino a quando il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione, eccetto nei contratti ad esecuzione periodica e continuata. Non sono comunque previsti requisiti di forma ma la volontà di recedere deve essere sempre redatta in termini inequivoci, tali da non lasciare alcun dubbio circa la volontà dei contraenti di inserirla nel negozio da loro sottoscritto”³⁴.

Si discute sulla possibilità di considerarlo come un negozio giuridico “astratto”, poiché si prescinde dalla causa, ma considerando la nozione di causa accolta dalla nostra giurisprudenza, questa tesi è stata respinta.

In realtà quella parte della dottrina che discute sull'astrattezza del recesso si riferisce non tanto alla causa ma ai motivi per i quali il recedente ha deciso di recedere, che in relazione al fatto che si tratti di dimissioni o licenziamento possono essere molto vari, rendendo il discorso ulteriormente complicato.³⁵

Come già visto, il recesso può assumere la forma delle dimissioni o del licenziamento, in base alla parte da cui viene esercitato. Nel tempo il legislatore ha cercato di porre limiti alla possibilità di licenziare del datore di lavoro proprio per garantire una maggiore tutela nell'interesse dei lavoratori alla conservazione del proprio posto di lavoro, mentre dall'altro lato ha lasciato il regime della libera recedibilità per il lavoratore, subordinato però anch'esso all'obbligo del preavviso salvo giusta causa. Questa differenza di trattamento si evince dalla differente posizione in cui vengono a trovarsi le due parti

³³ Si riporta per comodità l'art 1373 c.c. (*recesso unilaterale*): “Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. È salvo in ogni caso il patto contrario.”

³⁴ Così si legge nella sentenza Cass. n. 8776 /1987.

³⁵ AA.VV., *I licenziamenti individuali e collettivi*, G. Pellacani (a cura di), *op.cit.*, pag. 360.

contrattuali. Mentre per il datore di lavoro sarebbe facile sostituire il lavoratore, quest'ultimo non avrebbe la stessa facilità a trovare un nuovo posto di lavoro dal quale trarre i mezzi di sostentamento per la propria vita. Per questo è stata data grande importanza all'istituto del preavviso. Il preavviso è introdotto nell'interesse di entrambe le parti, proprio per attenuare le conseguenze che deriverebbero da una cessazione repentina del rapporto di lavoro. La durata del preavviso è di solito stabilita dai contratti collettivi, dagli usi e varia a seconda della categoria del lavoratore o dal fatto che si tratti di licenziamento o di dimissioni. Il datore di lavoro può però monetizzare il preavviso, ossia sostituirlo con la cosiddetta "indennità di mancato preavviso", la quale va calcolata in base al già citato art. 2121c.c., tenendo conto quindi di tutti i diritti che sarebbero maturati durante il preavviso nonché delle mensilità dovute al lavoratore.

Durante il preavviso il contratto di lavoro continua, quindi il lavoratore deve continuare a svolgere la propria attività e ad adempiere i propri obblighi contrattuali, poiché l'effetto estintivo non si produce dal momento della comunicazione del recesso ma dalla scadenza del periodo di tempo determinato dai contratti collettivi.

Definiamo quindi licenziamento e dimissioni come negozi giuridici unilaterali recettizi, in quanto producono il loro effetto, ossia quello di estinguere il rapporto di lavoro, nel momento in cui vengono a conoscenza dell'altra parte, senza che sia necessario il suo consenso³⁶. Mentre sotto il codice del 1965 erano considerati come due atti appartenenti al medesimo genus, oggi la situazione è un po' cambiata, in quanto la disciplina sul licenziamento è il risultato di una serie di normative speciali che differenziano il suo regime giuridico da quello

³⁶G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015, pag. 180.

delle dimissioni³⁷.

Occupandoci delle dimissioni queste come abbiamo detto, sono l'atto unilaterale con cui il lavoratore decide di porre fine al rapporto di lavoro. La disciplina in materia prevede la libertà di forma e di contenuto per esigenze attinenti alla libertà personale del lavoratore. Il lavoratore quindi è sempre libero di dimettersi, senza dover nemmeno indicarne i motivi. È previsto il solo obbligo del preavviso salvo giusta causa. In virtù del rinvio operato dall'art 1324 c.c.³⁸ si applicano alle dimissioni le norme in tema di annullamento del contratto per vizi di volontà art 1427³⁹, e per incapacità naturale al momento di compiere l'atto 428 c.c.⁴⁰. La libertà di forma e di contenuto prevista per le dimissioni, ha comportato nel tempo lo svilupparsi di una serie di prassi fraudolente, volte a costringere il lavoratore a firmare "in bianco" documenti con cui si attestava la dimissione. Si è cercato di porre argine a queste situazioni con una serie di riforme, in particolare la prima è stata ispirata dalla legge 188 11 ottobre del 2007, la quale ha cercato di porre fine alla consuetudine ormai sviluppatasi tra gli imprenditori di "subordinare l'assunzione di nuovi dipendenti alla previa sottoscrizione e consegna di una loro lettera di dimissioni

³⁷ AA.VV., *I licenziamenti individuali e collettivi*, G. Pellacani (a cura di), *op.cit.*, pag. 380 ss.

³⁸ Si riporta per comodità l'art 1324 c.c. (*Norme applicabili agli atti unilaterali*): "Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale."

³⁹ Si riporta l'art 1427 c.c. (*Errore, violenza e dolo*): "Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti."

⁴⁰ Si riporta art 428 c.c. (*Atti compiuti da persona incapace di intendere e di volere*): "Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore."

L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.

L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto.

Resta salva ogni diversa disposizione di legge."

senza data, utilizzabile in futuro per far cessare il rapporto di lavoro non più gradito, eludendo le norme che subordinano il licenziamento a innumerevoli condizioni e limiti.”⁴¹ Questa riforma non è risultata comunque idonea allo scopo prefissato, infatti due mesi dopo la sua approvazione è stata abrogata. In seguito il legislatore è intervenuto con l’art 4 del dlgs 92/2012 introducendo un meccanismo di convalida delle dimissioni del lavoratore da parte della direzione territoriale del lavoro , in mancanza della quale le dimissioni sono infatti inefficaci, ed inoltre il rapporto si considera risolto se entro 7 giorni il lavoratore non procede ne alla convalida o alla revoca delle dimissioni. Questa disciplina è oggi superata dall’art 26 dello schema del decreto delegato in materia di semplificazioni attuativo del Jobs act , le dimissioni e la risoluzione consensuale sono fatte oggi a pena d’inefficacia con mezzi telematici attraverso moduli del sito del Ministero del lavoro. Le dimissioni sono quindi immediatamente efficaci , senza la necessità della convalida, fermo restando la possibilità di revoca in un termine breve. ⁴²

Per quanto riguarda il licenziamento invece, assume rilevanza maggiore dal punto di vista sociale ed economico , per un contesto come quello italiano in cui i livelli di disoccupazione sono sempre più elevati. La sua normativa è il risultato di una serie di riforme che si sono tra di loro succedute ma mai del tutto sostituite, producendo quindi come risultato una disciplina molto articolata nonché la coesistenza di diversi regimi. Lo scopo di queste continue riforme, nonché scopo di tutta la normativa in materia di lavoro, è quello di porre limiti al potere datoriale e di riequilibrare la posizione del lavoratore considerato come “contraente debole” del rapporto di lavoro, rispetto al datore di lavoro invece considerato quale contraente

⁴¹ AA.VV., *I licenziamenti individuali e collettivi*, G. Pellacani (a cura di), *op.cit.*, pag. 460.

⁴² G.Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori e dell’occupazione*, *op. cit.*, pagg. 362-364.

forte. La disciplina del licenziamento verrà analizzata nei successivi paragrafi ed in particolare si noterà come le garanzie offerte al lavoratore, in caso di licenziamento illegittimo, siano profondamente mutate in questi ultimi anni, e come il legislatore abbia cercato nel tempo di tutelare entrambi gli interessi delle parti ,ossia quello del lavoratore diretto a mantenere la stabilità e la continuità del posto di lavoro e quello del datore di lavoro, volto invece a sciogliersi celeremente dal vincolo contrattuale per far fronte alle esigenze dell'impresa.

1.4 Licenziamento per facta concludentia

Nel licenziamento per facta concludentia, l'estinzione del rapporto di lavoro viene fatta discendere non da una manifestazione di volontà delle parti contraenti a ritirare la propria adesione alla prosecuzione del rapporto ma attraverso l'attribuzione di efficacia estintiva a determinati comportamenti tenuti dalle parti.

A riguardo, va segnalato un recente contrasto della giurisprudenza di legittimità. Un primo orientamento considera possibile questa idea sulla base della sentenza della Cassazione n. 5776 del 10 giugno 1998, per la quale quando il contratto collettivo definisce l'assenza ingiustificata del lavoratore per oltre tre giorni come dimissioni, la stessa assenza assume il valore giuridico delle stesse per esplicita disposizione delle parti. Un'assenza di questo tipo viene considerata come espressione della volontà del lavoratore di recedere dal rapporto. Inoltre il datore di lavoro non perde la possibilità di procedere al licenziamento per facta concludentia nè se un primo momento abbia avviato un procedimento disciplinare per punire tali comportamenti nè

se la presa d'atto delle dimissioni sia arrivata dopo un periodo di ripresa del lavoro a patto che questo periodo sia giustificato dalle esigenze di valutazione della direzione della società.

L'opposto orientamento, sulla scia della sentenza n. 2605 del 1987, ritiene invece che, debba escludersi l'esistenza di un terzo genere di recesso che sia svincolato dall'effettiva volontà della parte di recedere e che non ammetta la possibilità di prova contraria, in quanto in tal caso costituirebbe un'invalida clausola risolutiva espressa del rapporto, ribadendo che il recesso del rapporto di lavoro a tempo indeterminate, può attuarsi unicamente nelle due forme del licenziamento e delle dimissioni.

La Suprema Corte ha recentemente confermato quest'ultimo orientamento, precisando "che alle parti non è consentito attribuire a determinati comportamenti del lavoratore il valore giuridico ed il significato negoziale di manifestazione implicita delle dimissioni, senza possibilità di prova contraria" e continua stabilendo che "in tali casi non si tratterebbe di dimissioni manifestate tramite *facta concludentia* ma di attribuzione convenzionale di un determinato effetto giuridico ad un determinato comportamento".⁴³

Le cause che possono portare all'estinzione del rapporto di lavoro sono dunque quelle previste dalla legge e non è possibile per le parti introdurne di nuove. In caso contrario diverrebbe carta straccia tutta la normativa limitativa dei licenziamenti che ha discostato il rapporto di lavoro dai classici principi relativi all'estinzione dei rapporti obbligatori. Occorre ricordare come in un giudizio di merito relativo ad un licenziamento illegittimo, spetti al lavoratore l'onere della prova dell'esistenza del licenziamento mentre al datore di lavoro quella della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. Inoltre la Cassazione ha stabilito che qualora la cessazione del rapporto sia

⁴³ Suprema Corte sentenza 1025 del 2005

avvenuta in assenza di atti formali di licenziamento o di dimissioni, sarà il giudice di merito a dover, ai fini dell'accertamento del fatto, prestare attenzione agli eventuali episodi consistenti nell'offerta delle prestazioni da parte del lavoratore e nel rifiuto o mancata accettazione delle stesse da parte del datore di lavoro⁴⁴.

1.5 L'evoluzione della normativa sul licenziamento

L'attuale regolamentazione del licenziamento individuale è il risultato di un'evoluzione storica legislativa avvenuta nel corso di molti anni. A differenza della disciplina delle dimissioni caratterizzata da sempre dal principio di libertà, la disciplina giuridica del licenziamento, già nel sistema del codice civile, era caratterizzata da un'ambiguità destinata successivamente ad evolversi alla stregua dei principi recepiti dalla costituzione; in particolare si è passati dal principio della libera recedibilità prevista dal codice civile al divieto di licenziamenti immotivati con la legge 604/66, per poi tornare con l'attuale riforma del Jobs Act ad una liberalizzazione dei licenziamenti.⁴⁵

L'impronta originaria era certamente di stampo liberale, poiché il codice del 1942 sulla scia di quello del 1865, prevede la regola del recesso libero. All'art 2118⁴⁶c.c infatti, era prevista la facoltà per entrambe le parti di estinguere il rapporto, attraverso una dichiarazione di recesso senza che fosse previsto alcun requisito di forma, né la necessità di addurre una motivazione a sostegno del

⁴⁴ Cass.civ, sez lav, 9 settembre 2011 n 18523, in *Mass Giur It.*, 2011.

⁴⁵ G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, op.cit., pagg. 324-328.

⁴⁶ Si riporta per comodità l'art 2118 (*Recesso dal contratto a tempo indeterminato*): "Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando preavviso nel termine e nei modi stabiliti [dalle norme corporative] , dagli usi o secondo equità .

In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro."

licenziamento. In questo caso si parla recesso ad nutum (per evocare l'idea che il datore di lavoro era legittimato a sbarazzarsi di un dipendente con un semplice cenno di capo). Viene previsto un unico vincolo, quello del preavviso, con lo scopo di evitare una cessazione repentina del rapporto, in modo da permettere al lavoratore di riorganizzare la propria vita lavorativa.

All'art 2119⁴⁷, viene introdotta un'ulteriore ipotesi di recesso, quello per giusta causa, ossia quel recesso che non consente la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro, ancora oggi infatti, quando vi è l'esistenza di una giusta causa il rapporto si estingue in tronco, senza nemmeno l'obbligo del preavviso.

La regola del recesso *ad nutum* aveva come scopo quello di tutelare la libertà dei contraenti dalla tipologia contrattuale a tempo indeterminato, di equiparare la disciplina del contratto di lavoro alle altre tipologie contrattuali e di garantire una sorta di eguaglianza tra le parti nella costituzione e nell'estinzione del contratto di lavoro.⁴⁸

Attraverso queste regole però, risultava tutelata l'uguaglianza formale ma non quella sostanziale, a causa della superiorità in cui viene a trovarsi il datore di lavoro, in quanto licenziamento e dimissioni non possono essere equiparati in relazione agli affetti prodotti, essendo il licenziamento molto più nocivo per il lavoratore.

Con l'entrata in vigore della Costituzione la situazione inizia a cambiare e in particolare sulla base degli art 4 e 41⁴⁹ Costituzione,

⁴⁷ Si riporta per comodità l'art. 2119 c.c. (*Recesso per giusta causa*): "Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente. Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda".

⁴⁸ S. Loschiavo, *Il licenziamento illegittimo*, in *La prova, il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009, pag. 1303.

⁴⁹ Si riporta per comodità l'art 41 Cost.: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla

nonché 1345⁵⁰ c.c, inizia a prendere strada l'idea di vietare i licenziamenti immotivati.

In un primo momento i vari contratti collettivi introducevano, di volta in volta, alcune norme per limitare il potere del datore di lavoro (si pensi all'accordo interconfederale Confindustria/CGIL/CISL/UIL del 20 Aprile del 1965) che introdusse la possibilità per il lavoratore licenziato di attivare una procedura di conciliazione con il datore di lavoro e con la partecipazione del sindacato, ovvero la costituzione di un collegio arbitrale per tutelare i propri diritti. La prima legge che prese in considerazione la materia fu la citata legge n. 604 del 1966 che recepiva gli accordi contrattuali che, tuttavia, valevano solo per gli iscritti alle associazioni sindacali che avevano partecipato alla loro stipulazione. In tale normativa vennero introdotti determinati requisiti di forma e determinate cause che giustificassero il recesso dell'imprenditore, dichiarando ad esempio illegittimo il licenziamento non sorretto da giusta causa o da giustificato motivo, con estensione a tutti i settori. Sebbene si fosse registrato un notevole passo avanti, l'apparato sanzionatorio però risultava ancora assai limitato: il licenziamento infatti continuava a produrre i suoi effetti, in quanto permaneva la cessazione del rapporto di lavoro, e al datore veniva concessa la facoltà di scelta se riassumere il lavoratore o assodare la fine del rapporto corrispondendogli una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.

Tramite, poi, lo strumento della "legislazione promozionale" si fece in modo di riequilibrare a favore dei lavoratori non solo i rapporti di potere all'interno dell'azienda, ma anche all'interno della società civile: è da questo presupposto che scaturì lo Statuto dei lavoratori, contenuto

libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali."

⁵⁰ Si riporta per comodità l'art 1345 c.c :*"Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe"*.

all'interno della legge n. 300 del 20 maggio 1970, con la quale si garanti l'osservanza dei principi costituzionali nel rapporto tra lavoratore dipendente e datore di lavoro, tutelando la dignità e la libertà del lavoratore, nonché il diritto al libero svolgimento dell'attività sindacale sul luogo di lavoro.

In tale mutato contesto l'art. 18⁵¹ dello Statuto dei lavoratori (la legge n. 300/1970) prevedette, oltre al risarcimento del danno, la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore nel caso di licenziamento ingiustificato. Il campo però era limitato dal momento che coesistevano tre regimi diversi a seconda del numero di dipendenti e della natura dell'attività svolta, e cioè la tutela reale per le imprese agricole con più di 5 dipendenti o le imprese industriali con più di 15 dipendenti in ciascuna sede o sul territorio comunale e la tutela obbligatoria per le imprese industriali con un numero di dipendenti maggiore di 35; rimaneva così senza protezione una fascia notevole di

⁵¹ Si riporta per comodità l'art. 18, Legge n. 300 del 20 maggio 1970 : *“Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la inefficacia o l'invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'articolo 2121 del codice civile. Il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione. Se il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, il rapporto si intende risolto. La sentenza pronunciata nel giudizio di cui al primo comma è provvisoriamente esecutiva. Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato cui questi aderisce o conferisca mandato, il giudice, in ogni stato e grado del giudizio di merito, può disporre con ordinanza, quando ritenga irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. L'ordinanza di cui al comma precedente può essere impugnata con reclamo immediato al giudice medesimo che l'ha pronunciata. Si applicano le disposizioni dell'articolo 178, terzo, quarto, quinto e sesto comma del codice di procedura civile. L'ordinanza può essere revocata con la sentenza che decide la causa. Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all'ordinanza di cui al quarto comma, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.”*

lavoratori, cioè il personale delle piccole imprese.

A partire dal 1975 si aprì una nuova fase della legislazione del lavoro, caratterizzata dalla difesa e dalla crescita dei livelli di occupazione, prevedendo l'estensione delle forme di impiego flessibile della forza-lavoro (si pensi ai contratti di solidarietà o quelli di formazione) e la riduzione del tasso di inflazione tramite la cosiddetta "politica dei redditi", volta al contenimento della spesa nel settore previdenziale ed al rallentamento dei meccanismi di indicizzazione salariale. Negli anni 80' invece la legislazione del lavoro era inquadrata in una logica di concertazione tra pubblici poteri e parti sociali; attraverso l'intervento delle parti sociali si ebbe la cosiddetta "legislazione contrattata".

La legge n. 108 del 1990, allo scopo di ampliare la tutela del lavoratore, prevedette il principio della giustificazione del licenziamento; fu affermato così il principio secondo il quale il datore di lavoro non poteva interrompere il rapporto in modo libero, incombendo su di lui l'onere di fornire una motivazione del licenziamento rispettando, altresì, l'obbligo della forma scritta.

Successivamente, dopo la riforma del pubblico impiego, il legislatore tentò di arginare la figura della subordinazione introducendo massicce dosi di flessibilità nella subordinazione stessa. Esempio palese di tale politica fu il c.d. Pacchetto Treu del 1997⁵², con il quale si elaborava il lavoro interinale tramite agenzia.

Nel 2003, con la cd. legge Biagi, venivano istituite svariate tipologie contrattuali subordinate "alternative" al tipo classico (ossia al lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato) e, al contempo, si cercava di arginare il ricorso alle forme di lavoro parasubordinato (dunque autonomo, ma coordinato e continuativo) dando vita al nuovo lavoro a progetto.

Nell'area della subordinazione nacquero così il lavoro somministrato,

⁵² S.Ferrario, *Brevi note in materia di diritto del lavoro*, in www.archivio.del.lavoro.it.

il lavoro intermittente, il lavoro ripartito (o job sharing), il lavoro a chiamata (o job on call), e il contratto di inserimento.

Per quanto riguarda l'ultimo decennio, in conseguenza della crisi finanziaria ed economica che ha colpito i paesi periferici dell'Unione Europea, l'Italia, nel corso del 2011, è stata destinataria di severi richiami da parte della Commissione Europea affinché fossero avviate ampie riforme strutturali dirette al risanamento dei conti pubblici e al recupero di condizioni di produttività, competitività e occupazione.

Nell'ambito di tali interventi, attuati dall'esecutivo Monti, vi fu proprio la riforma del mercato del lavoro, considerata necessaria per contrastare la crescente disoccupazione. Il principale obiettivo della legge era quello di ridurre la spesa pubblica legata alle prestazioni pensionistiche.

L'ultimo intervento in ordine di tempo in materia di lavoro è rappresentato dal cd. Jobs Act, varato a marzo del 2014 dal Governo presieduto da Matteo Renzi. La principale innovazione del Jobs Act, riguarda il contratto a tutele crescenti, finalizzato al contrasto del precariato, ossia una tipologia contrattuale valevole per i neoassunti a tempo indeterminato che prevede una serie di garanzie destinate ad aumentare con il passare del tempo. Ma di questo argomento parleremo in maniera approfondita nel corso del terzo capitolo. Come abbiamo potuto vedere sino ad ora, alla stregua di un principio generale di diritto radicato nell'autonomia dei privati, ciascuna delle parti, in un rapporto di lavoro, è legittimata a porre fine ai rapporti di durata, contraddistinti anche dalla reciprocità delle prestazioni, eseguendo un congruo preavviso nel rispetto dei termini di legge oppure liquidando la c.d. indennità sostitutiva, tranne che, il sopravvenire di una giusta causa consenta alla parte interessata di recedere in via istantanea.

Nella specifica circostanza del licenziamento, le diverse e

contrapposte condizioni di potere di cui gode il datore di lavoro, e di assoggettamento del prestatore di lavoro, incidono in misura rilevante sulla fisionomia e la normativa applicabile relativamente agli atti attraverso i quali i soggetti del rapporto di lavoro possono determinarne la cessazione.

1.6 Il licenziamento nell'Unione Europea

L'UE ha il potere di dettare agli Stati membri regole comuni in materia di licenziamento individuale. L'art. 53 del TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) attribuisce all'UE la competenza di adottare direttive di armonizzazione riguardo alla protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro⁵³. Tuttavia la norma è rimasta, sino ad ora, lettera morta in quanto l'esercizio di tale competenza è condizionato dalla regola dell'unanimità. Anche se non è prevista una direttiva sul licenziamento individuale, il diritto comunitario incide su taluni aspetti delle discipline nazionali ponendo dei limiti alla possibilità di licenziare un lavoratore che rifiuta la trasformazione del rapporto da tempo pieno a part-time (o viceversa); analogamente, la direttiva n. 23/2001 esclude che il trasferimento dell'azienda o di parte di essa possa costituire valido motivo di licenziamento, sempre che non sussistano altre ragioni economiche, tecniche o organizzative. Un impatto significativo sulle normative nazionali ha poi il diritto antidiscriminatorio, fondato sugli artt. 18 e 19 TFUE e sulle direttive in materia di discriminazioni di genere o dovute ad altre ragioni.

La novità più rilevante sul piano delle fonti dell'UE è rappresentata

⁵³ G.Orlandini, *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in *eur-lex.europa.eu*, pag. 1.

però dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali che esplica il principio secondo cui "*ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*". Tale articolo è stato, tra l'altro, richiamato, dalla sentenza della Cassazione n. 21967/2010, per affermare che la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Costituzione non preclude al giudice la possibilità di valutare se nel caso concreto questa prevalga o meno sulla tutela del posto di lavoro: il che è da escludere ove il datore assuma un lavoratore somministrato per svolgere le mansioni proprie del lavoratore precedentemente licenziato (in violazione del c.d. obbligo di repêchage).

Ulteriori rilevanti fonti dell'ordinamento comunitario per la tutela del licenziamento sono considerate l'art. 24 della Carta sociale Europea, che ribadisce il principio per cui qualsiasi licenziamento deve fondarsi su una valida ragione legata o all'incapacità e al comportamento del lavoratore, o ad esigenze organizzative dell'azienda, ragione che deve essere specificata in una fonte vincolante per l'ordinamento interno e deve essere sempre comunicata al lavoratore in modo che questi possa valutarne la fondatezza per poterla, eventualmente, contestare davanti ad un'autorità terza ed imparziale; e la Convenzione OIL n. 158/1982 la quale ha dettato precisi standard di tutela, specialmente in tema di onere della prova e tutela adeguata per la disoccupazione, conseguente al licenziamento.

Capitolo II

I licenziamenti illegittimi

2.1 Le tipologie di licenziamento

Prima di prendere in esame la normativa dei licenziamenti illegittimi, che costituisce il punto centrale del presente elaborato, sembra opportuno accennare ai presupposti del licenziamento, ossia i requisiti in virtù dei quali lo stesso può considerarsi valido.

Il primo e fondamentale limite che deve sussistere affinché possa aver luogo il licenziamento è l'esistenza di una causa giustificatrice. Il licenziamento, difatti, è legittimo se è sorretto da giusta causa o da un giustificato motivo, che a sua volta può essere soggettivo oppure oggettivo.

2.2 La giusta causa

La nozione di giusta causa si ricava dall'art 2119 c.c che prevede la possibilità per ciascuna delle parti di recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato. La giurisprudenza dominante considera questo tipo di licenziamento di natura disciplinare, poichè riferito a comportamenti imputati a titolo di colpa al lavoratore, e di conseguenza assoggettato alla disciplina dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.⁵⁴ A norma di quest'articolo si prevede

⁵⁴ Si riporta l'art 7 della legge 300/1970 (*Sanzioni disciplinari*) :*"Le norme disciplinari relative alle sanzioni alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti.*

che il datore di lavoro non potrà subito licenziare il lavoratore a seguito del verificarsi di un inadempimento, ma dovrà attivare l'obbligatorio procedimento disciplinare, quindi il licenziamento dovrà essere preceduto dalla "contestazione dell'addebito" e inoltre si dovrà garantire un termine di difesa al lavoratore non inferiore a cinque giorni, al termine del quale si potrà poi procedere eventualmente a licenziarlo.⁵⁵

Tornando alla nozione di giusta causa, l'art 2119 c.c. la definisce come "una causa che non permetta nemmeno una prosecuzione temporanea del rapporto di lavoro, permettendo quindi al lavoratore di recedere senza nemmeno l'obbligo di preavviso" (cosiddetto licenziamento in tronco).⁵⁶

Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano.

Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa.

Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato.

Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni.

In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possano essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa.

Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro.

La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio.

Qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltagli dall'ufficio del lavoro, a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto.

Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio.

Non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione".

⁵⁵ Licenziamento disciplinare, rivista telematica www.di-elle.it.

⁵⁶ A.Turni, *La riforma del mercato del lavoro 2012*, in www.jobtel.it.

Innanzitutto bisogna evidenziare il cambiamento intervenuto rispetto al regime precedente, dove la giusta causa assumeva rilevanza solo ai fini dell'obbligo del preavviso, mentre oggi è condizione di legittimità del licenziamento.⁵⁷

La nozione si è evoluta nel tempo, in particolare nel r.d.l 13.11.1924, considerato progenitore dell'art 2119 c.c, si faceva riferimento al concetto di "mancanza", questo termine viene poi sostituito con il termine "causa" che ha permesso di ampliare notevolmente l'ambito dei comportamenti rientrabili in questa fattispecie.⁵⁸ Dare una nozione di giusta causa non è comunque semplice, infatti la nozione codicistica appare come un concetto normativo indeterminato, poiché non contiene una rassegna dei fatti, ma rinvia ad un criterio di valutazione di comportamenti, rimessi all'opera di concretizzazione del giudice.⁵⁹

La giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato due tesi: la prima secondo cui la giusta causa consiste in un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, e in ciò si differenzerebbe quantitativamente dal giustificato motivo soggettivo che consisterebbe invece solo in un semplice inadempimento; e la seconda con cui si è cercato di ampliarne il significato facendovi rientrare oltre che la nozione di gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali⁶⁰, anche quella di qualsiasi altro fatto idoneo a compromettere il rapporto di fiducia personale, considerato come connotato essenziale del rapporto di lavoro.⁶¹ Dottrina e giurisprudenza sono oggi concordi nell'accogliere questa seconda tesi, e quindi che la giusta causa debba essere valutata tenendo conto anche di qualsiasi "fatto o accadimento

⁵⁷ AA.VV., *I licenziamenti individuali e collettivi*, G. Pellacani (a cura di), *op.cit.*, pag. 280.

⁵⁸ S. Loschiavo, *Il licenziamento illegittimo*, in *La prova, il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, *op.cit.*, pag. 1320.

⁵⁹ P.Tullini, *Questioni interpretative in tema di giusta causa*, in *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, Cedam 1988, pag. 200.

⁶⁰ G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, *op.cit.*, pag. 334.

⁶¹ D.Irullo- G.Irullo, *Compendio di diritto del lavoro*, Rimini, Maggioli 2009, pag. 222.

esterno all'area dell'adempimento contrattuale strettamente inteso, purchè tale da incrinare il legame di fiducia che dovrebbe indifettibilmente caratterizzare il rapporto di lavoro”⁶²;ci si riferisce quindi a fatti di oggettiva gravità riferibili sia alla sfera contrattuale che a quella extracontrattuale.

Una volta accolta questa tesi, possono essere ricondotti all'ambito interpretativo del concetto anche comportamenti diversi dall'inadempimento contrattuale⁶³se fanno venir meno la fiducia su cui è improntato il rapporto (si pensi ad un impiegato bancario che risulti affiliato ad un organizzazione criminale).

Proprio per quanto concerne queste “circostanze esterne” non sono mancate, negli ultimi anni pronunce giurisprudenziali che hanno legittimato il licenziamento di lavoratori per questioni inerenti l'utilizzo dei social network.

Una pronuncia del tribunale di Milano⁶⁴ ha ritenuto legittimo il licenziamento di un dipendente che, durante l'orario di lavoro, aveva “postato” sulla propria bacheca di Facebook delle foto che lo ritraevano, insieme a due colleghi, nei locali aziendali, accompagnati da commenti lesivi della reputazione della ditta di appartenenza, il datore di lavoro aveva denunciato il lavoratore adducendo la giusta causa anche perché aveva riscontrato che lo stesso aveva visionato, durante l'orario di lavoro, dal computer aziendale, siti a contenuto pornografico. Di conseguenza il licenziamento era stato valutato legittimo in quanto erano stati violati i più elementari doveri di diligenza, lealtà e correttezza ed allo stesso tempo, essendo stata l'ingiuria postata su un profilo Facebook aperto, era stata visualizzata da un numero considerevole di utenti e quindi era in grado potenzialmente di ledere l'immagine dell'azienda. Come si può

⁶² G. Ferraro, *Il rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli 2005, pag 212.

⁶³ G. Laspina, *Compendio del diritto del lavoro*, op.cit., pag 169.

⁶⁴ Trib.Milano, ord n. 6847/2014.

facilmente riscontrare tale decisione si riferisce ad un comportamento, allo stesso tempo inadempiente e ingiurioso da parte di un prestatore di lavoro, messo in atto tramite lo strumento informatico. In altri casi invece l'utilizzo del social network in questione è stato oggetto di sanzioni disciplinari, talvolta precedenti al licenziamento, poiché idoneo a svelare un comportamento diverso attuato nella vita reale; si pensi al lavoratore in malattia che posta su Facebook foto che lo ritraggono in attività incompatibili con tale stato.

La valutazione dell'inadempimento è rimessa al giudice, il quale, nel valutare se un comportamento integri o meno la giusta causa, dovrà tener conto di una serie di fattori, soggettivi e oggettivi. In particolare la Cassazione nella sentenza 1 marzo 2011 n 5019 stabilisce che “in tema di licenziamento per giusta causa la mancanza del lavoratore sia tanto grave da giustificare l'irrogazione della sanzione espulsiva e, pertanto, va valutato il comportamento del prestatore di lavoro non solo nel suo contenuto oggettivo, ossia con riguardo alla natura e alla qualità del rapporto, al vincolo che esso comporta e al grado di affidamento che sia richiesto dalle mansioni espletate, ma anche nella sua portata soggettiva ed all'intensità dell'elemento psicologico, quindi, con riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui è stato posto in essere, ai modi, ai suoi effetti e all'intensità dell'elemento volitivo.”⁶⁵ Ciò che rileva quindi, sono le mansioni assegnategli, il carattere doloso o colposo del lavoratore, mentre non occorre che lo stesso abbia subito danni, infatti, l'entità del danno subito dal datore di lavoro, a causa della condotta del lavoratore ha un rilievo del tutto secondario, dovendosi tener conto delle modalità di tale condotta e della sua idoneità a scuotere irrimediabilmente l'elemento fiduciario, che è alla base del rapporto di lavoro.⁶⁶ Tale

⁶⁵ A.Colombo - P.Rausei - A.Ripa - A.Varesi, *Licenziamento illegittimo*, op.cit, pag 50-51.

⁶⁶ Cass. Civ., 14 maggio 1983, n 3337, in *Mass Giur.It.*, 1983

lesione non dipende, dal valore patrimoniale del danno, ma piuttosto dalla rilevanza del comportamento sull'affidamento futuro, cioè dall'idoneità della condotta a porre in dubbio la correttezza dell'adempimento della prestazione nel periodo successivo"⁶⁷. Un altro principio messo in evidenza dalla Cassazione nella sentenza 26.07.11 n 16283, è quello della proporzionalità tra sanzione e infrazione, in base al quale il giudice dovrà verificare se l'infrazione posta in essere dal lavoratore implichi una perdita di fiducia tale da comportare l'irrogazione di quella determinata sanzione(ossia il licenziamento). Secondo la Corte ciò che deve essere minato, è proprio l'elemento fiduciario del rapporto. Ciò che è ribadito in entrambe le sentenze è la necessità che il giudice tenga conto di tutte "le circostanze concrete del fatto", in quanto il giudice non deve più limitarsi , come previsto in precedenza alla "verità storica del fatto", ma deve invece "stimare le reali proporzioni del fatto in concreto"⁶⁸.

Di conseguenza anche due inadempimenti identici potranno non integrare entrambi un licenziamento per giusta causa quando si differenzino per le particolari circostanze e condizioni in cui il rapporto è posto in essere.

L'art 30 comma 3 della legge 183/2010 stabilisce inoltre che il giudice nel valutare la sussistenza della giusta causa tiene conto delle tipizzazioni effettuate dai contratti collettivi, non essendo però vincolato dalle stesse. In tal senso la sentenza della Cassazione 18 febbraio 2011 ribadisce che *"la giusta causa di licenziamento è nozione legale e il giudice non è vincolato dalle previsioni del contratto collettivo; ne deriva che il giudice può ritenere la sussistenza della giusta causa per un grave adempimento o per un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della*

⁶⁷ M. Tattarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2006, pag. 125.

⁶⁸ G.Pera, *Diritto del lavoro, op.cit.*, pag 259.

comune etica o del comune vivere civile ove tale grave inadempimento o tale grave comportamento, secondo un apprezzamento di fatto non sindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore; per altro verso, il giudice può escludere altresì che il comportamento del lavoratore costituisca di fatto una giusta causa, pur essendo qualificato tale dal contratto collettivo, in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato."⁶⁹ Si ritiene quindi, che la verifica del giudice sia di legittimità da parte del giudice, poichè può riguardare solo l'esistenza di una motivazione congrua e priva di vizi di logicità. Questo principio subisce però una deroga importante già prima dell'entrata in vigore della Riforma Fornero, in quanto vi è il divieto per il giudice di irrogare sanzioni risolutive quando il contratto collettivo preveda espressamente una sanzione conservativa, in relazione ad una determinata infrazione.⁷⁰

La valutazione del giudice di merito è insindacabile in sede di legittimità se sorretta da adeguata motivazione, ma solo censurabile per vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione⁷¹

Una sentenza molto importante in materia di giusta causa è quella della Cassazione 21 maggio 2009 n 1184 dove vengono specificate le caratteristiche essenziali del licenziamento per giusta causa:

- l'immediatezza della contestazione;
- l'intimazione al licenziamento;
- immutabilità e specificità dei motivi.

In particolare per quanto riguarda l'immediatezza, è un principio essenziale dell'intimazione del licenziamento, in quanto si ritiene che

⁶⁹ A.Colombo- P.Rausei- A.Ripa- A. Varesi, *Licenziamento illegittimo*, op. cit., pag. 62.

⁷⁰ Cass. 7 giugno 2016 n 11630.

⁷¹ Cass.civ, sez lav 26 Aprile 2012, n 6498 in Mass Giur. It, 2012

tra il comportamento del datore di lavoro e l'irrogazione del licenziamento non debba trascorrere un lasso di tempo troppo lungo, altrimenti risulta evidente che quel comportamento non ostava alla prosecuzione del rapporto. Questo principio deve essere comunque intenso in senso relativo, poiché bisogna considerare tutte le difficoltà connesse all'accertamento che può richiedere tempi molto lunghi a causa della complessità dell'organizzazione aziendale.⁷² Per quanto riguarda l'immutabilità e la specificità dei motivi, sono funzionali all'esercizio del diritto di difesa da parte del lavoratore, quindi a garantire l'attuazione del principio del contraddittorio.⁷³

Terminiamo con una rassegna dei motivi più frequenti di giusta causa, citandone alcune fattispecie.

La maggior parte riguarda inadempimenti degli obblighi contrattuali durante la prestazione lavorativa come, tra le altre, l'assenza ingiustificata, la falsa malattia, la violazione del patto di non concorrenza, la lesione del prestigio e dell'immagine dell'azienda, il lavoro per terzi durante il periodo di malattia o di ferie, l'abbandono ingiustificato del posto di lavoro, la falsa timbratura del cartellino.

Il consumo e lo spaccio abituale di sostanze stupefacenti, integrando un reato, giustificano la risoluzione del rapporto contrattuale anche se posto in atto nella vita privata ed in situazioni non connesse all'attività lavorativa. Constatata la gravità della condotta tale da minare la fiducia del datore di lavoro nella possibilità del lavoratore di svolgere in maniera corretta e decorosa la propria prestazione lavorativa, il licenziamento diventa quindi legittimo. Di norma i comportamenti nella vita privata non sono rilevanti ma lo diventano quando sono di natura e gravità tali da ledere il necessario rapporto di fiducia tra dipendente e datore di lavoro. In questi casi occorre valutare la gravità

⁷² Cass 13 febbraio 2012 n. 2995 in www.dejure.it.

⁷³ A. Rossi, *I licenziamenti disciplinari. Alla luce della riforma Fornero e dei successivi interventi giurisprudenziali e legislativi*, Roma, Aracne, 2015, pag. 82.

dei fatti addebitati al lavoratore e la proporzionalità tra questi e la sanzione da infliggere. È un compito questo riservato al giudice di merito e non censurabile dal giudice di legittimità, se motivato in maniera congrua.

Anche il furto di beni aziendali costituisce certamente motivo di licenziamento per giusta causa, anche quando il furto riguardi sottrazione di beni di modico valore, in quanto si ritiene che l'entità del danno arrecato assume un'importanza secondaria, dovendo valutare il fatto in base al suo valore sintomatico ossia all'incidenza sul rapporto di fiducia che lega il datore di lavoro e il lavoratore. Per comprendere questa fattispecie, può essere utile considerare il ragionamento della Corte nella sentenza 13789/2011, dove si stabilisce che: *“Il Giudice di Appello in tutti i suoi profile evidenziandone la gravità in relazione alla nature del rapport di lavoro, alla ripetitività degli episodi-anche all'interno delle single giornate lavorative-e alla delicatezza delle mansioni svolte dallavoratore, addetto alla cassa, sicchè l'addebito mosso era tale da far venir meno la fiducia del datore di lavoro nell'operato del dipendente tarso in tutti I suoi profili”*.

Una recente pronuncia ha ritenuto che costituisce inadempimento anche l'utilizzo da parte del lavoratore per scopi personali della carta di credito aziendale, messa a disposizione del dipendente per assolvere alle spese inerenti al rapporto di lavoro.

Un'altra ipotesi che si è sviluppata negli ultimi tempi è quella riguardante l'utilizzo di apparecchiature elettroniche come cellulari e computer durante l'orario di lavoro per scopi personali, in quanto tale comportamento è considerato una violazione degli obblighi contrattuali.

Infine una questione è stata aperta per quanto riguarda il diritto di critica del lavoratore, che è espressione del diritto di manifestazione

del pensiero con parola, scritto, altro mezzo di diffusione, riconosciuto dagli art 21⁷⁴ e 39⁷⁵ della Costituzione.

È riconosciuto in maniera specifica anche ai lavoratori dallo Statuto dei Lavoratori nel già citato art 1 legge n. 300 del 1970, che sono dunque liberi di manifestare il proprio pensiero nei luoghi in cui prestano la loro opera, nel rispetto dei principi della Costituzione e dello stesso Statuto dei Lavoratori.⁷⁶

L'esercizio di tale diritto incontra una serie di limiti. In particolare il diritto di esprimere il proprio pensiero in forma critica non può violare altri beni costituzionalmente garantiti come la tutela della persona umana garantita dall'art 2⁷⁷ della Costituzione.

La lesione può essere però giustificata quando sia preordinata di soddisfacimento di un interesse giuridicamente rilevante, quindi spetterà al giudice valutare caso per caso tramite la regola del

⁷⁴ Si riporta per comodità l'art. 21 Cost. : *“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.*

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria [cfr. art.111 c.1] nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili.

In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni”.

⁷⁵ Si riporta per comodità l'art. 39 Cost. : *“L'organizzazione sindacale è libera.*

Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.

E' condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.

I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.”

⁷⁶ A.Bove in *Diritto di critica del lavoratore: esercizio, conseguenze e limiti in caso di loro superamento*, in www.questionegiustizia.it.

⁷⁷ Art 2 Cost. : *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.*

”bilanciamento degli interessi” se la critica del lavoratore sia finalizzata alla salvaguardia di un bene pari o superiore di dignità rispetto all’interesse del datore di lavoro a non essere screditato.

Inoltre il diritto è legittimo nei limiti del rispetto dei diritti della personalità, quindi non deve sfociare in offese, altrimenti il comportamento del lavoratore può costituire giusta causa di licenziamento, “pur in mancanza, degli elementi soggettivi ed oggettivi costitutivi della fattispecie penale della diffamazione.”⁷⁸

In particolare questa soglia è stata superata in una serie di sentenze⁷⁹ in cui sono state ravvisate espressioni così offensive da non poter essere considerate una legittima critica. Come il caso di un dipendente che riassumendo la propria storia lavorativa al suo avvocato esprimeva una serie di giudizi nei confronti del suo datore di lavoro, tali da denigrare la sua persona.

Vista la funzione perseguita dal lavoratore nell’esercizio del diritto di critica, la giurisprudenza ha ritenuto legittima la critica espressa da alcuni lavoratori di una clinica privata che avevano accusato il datore di inefficienze, sperpero, messa a repentaglio dell’incolumità dei pazienti, cioè perché la critica era finalizzata al perseguimento dell’interesse generale della salute e del miglioramento dei servizi pubblici.⁸⁰

Volendo chiarire maggiormente quali sono i comportamenti che vengono ricompresi nel novero della giusta causa, citeremo le decisioni giurisprudenziali sull’argomento più frequenti e significative.

Una prima fattispecie, riguarda l’abbandono del posto di lavoro, la giurisprudenza in tal ipotesi mostra risultati contrastanti, che dipendono dalla delicatezza delle mansioni assegnate, e dalla modalità

⁷⁸ Cass. 21 marzo 2016 n. 5523.

⁷⁹ Cass 6 novembre 2013 n. 24989.

⁸⁰ Trib. Frosinone, 8.10.1986 A.Bove.

con cui avviene l'allontanamento. In particolare la Cassazione nella sentenza del 30 maggio 2012 n 8651 dispone che : “ *per stabilire in concreto l'esistenza della giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed in particolare di quello fiduciario, occorre valutare da un lato la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità fra fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare*”.

Rimanendo nel tema dell'abbandono del posto di lavoro la Cassazione stabilisce che: “*Per i dipendenti degli istituti di vigilanza private la fattispecie suddetta è sanzionabile con il licenziamento in base ad una clausola del CCNL di categoria e sussiste, attesa la natura e le peculiari caratteristiche del servizio di vigilanza, sempreché sia stata accertata, in concreto l'idoneità all'inadempimento del lavoratore ad incidere sulle esigenze di prevenzione, repressione e, più in generale, di controllo proprie del servizio stesso*”⁸¹. In particolare, nella specie, il licenziamento di una guardia giurata, allontanatasi dal posto di lavoro per effettuare una ricerca del proprio cellulare, la cui assenza protrattasi troppo a lungo , aveva comportato l'assalto dell'istituto di credito da parte di un gruppo di rapinatori.

Un'ulteriore fattispecie ascrivibile alla giusta causa riguarda l'assenza ingiustificata. In particolare la Suprema Corte ha stabilito recentemente con due diversi interventi, l'orientamento secondo il quale, “*l'ingiustificata assenza dal posto di servizio è un comportamento che ha un intrinseco disvalore, poichè lede i doveri*

⁸¹ Cass, 31 ottobre 2012, n 18811

fondamentali connessi col rapporto di lavoro”

Nel primo intervento stabilisce infatti che : *“rientra tra gli obblighi di correttezza e diligenza del prestatore di lavoro anche quello di comunicare tempestivamente al datore di lavoro eventuali impedimenti nel regolare espletamento della prestazione che determinino la necessità di assentarsi, sicchè il mancato rispetto di tale obbligo può giustificare il licenziamento, poichè la mancata comunicazione dell’assenza dal lavoro, anche se in astratto dovuta a motivi legittimi, è idonea ad arrecare alla controparte datoriale un pregiudizio organizzativo, derivante dal legittimo affidamento in ordine alla supposta effettiva ripresa della prestazione lavorativa.”*

Nel secondo orientamento, viene messa in evidenza la gravità di un tale comportamento se posto in essere da un dipendente che in virtù della sua posizione , dovrebbe essere d’esempio agli altri colleghi.

In particolare la Cassazione nella sentenza 6 giugno 2014 n 12806 stabilisce che in tema di licenziamento *“ la valutazione della condotta del lavoratore, in contrasto con obblighi che gli incombono, deve tenere conto anche del disvalore ambientale, che la stessa assume quando, in virtù della posizione professionale rivestita,,essa può assurgere per gli altri dipendenti a modello diseducativo e disincentivante dal rispetto di detti obblighi.Ne deriva che la sanzione espulsiva è proporzionata alla gravità dell’addebito, anche in presenza di un unico episodio di insubordinazione, qualora questo consista nonostante il diniego formale di concessione delle ferie per le giornate richieste, in una prolungata assenza ingiustificata dal servizio e la condotta sia stata posta in essere da una educatrice della prima infanzia, che, data la sua considerevole anzianità di servizio e lo svolgimento di attività sindacale, era consapevole del disservizio educativo cagionato”*.

Sempre in tema di comportamenti estranei al rapporto di lavoro, che

assumono rilievo ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, è stata destata qualche perplessità da parte di una sentenza che attrae nell'obbligo di fedeltà, e quindi negli obblighi contrattuali, anche il comportamento del lavoratore che dedicandosi ad attività sportive, aggravi le sue condizioni di salute.

Infatti la Cassazione nella sentenza 9 gennaio 2015 numero 144 stabilisce che: *“Poichè l'obbligo di fedeltà imposto al lavoratore dall'art 2015 cod.civ va integrato con i principi di correttezza e buona fede sanciti dagli art 1175 e 1375 cod. Civ è idoneo a ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario il comportamento del dipendente che, già assegnato per ragioni di salute a mansioni ridotte e diverse rispetto a quelle precedent, continui a svolgere attività sportive potenzialmente idonea ad aggravare le sue condizioni fisiche”*.

Vi sono inoltre una serie di comportamenti rientranti nella giusta causa, come l'uso improprio di permessi concessi per assistenza familiare ai disabili, infatti la Corte stabilisce: *“Il permesso [...] è riconosciuto al lavoratore in ragione dell'assistenza al disabile, rispetto al quale l'assenza dal lavoro, deve porsi in posizione casuale diretta, senza che il dato testuale e la ratio della norma ne consentano l'utilizzo in funzione meramente compensativa delle energie impiegate dal dipendente per la detta assistenza. Ne consegue che il comportamento del dipendente che si avvalga di tale beneficio per attendere ad “esigenze diverse” integra l'abuso del diritto e viola i principi di correttezza e buona fede, sia nei confronti del datore di lavoro che dell'Ente assicurativo, con rilevanza anche ai fini disciplinari”*⁸²

Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto, a norma del

⁸² Cass 13 Settembre 2016 n 17968; Cass 30 Aprile 2015 n 8784; Cass. 4 Marzo 2014, n 4984

secondo comma dell'art. 2119 c.c., il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda nonostante tali situazioni contemplate dalla norma costituiscono ipotesi di obiettiva impossibilità di prosecuzione del rapporto e, pertanto, in assenza di una esplicita esclusione, sarebbero idonee a costituire giusta causa di licenziamento; da ciò si può chiaramente desumere che il legislatore ha inteso ricondurre alla nozione di giusta causa soltanto gli eventi che, pur impedendo la prosecuzione del rapporto, sono ascrivibili soltanto al lavoratore.⁸³

È opportuno fare un riferimento anche ai CCNL (Contratto collettivo nazionale di lavoro) che in taluni casi prevedono delle ipotesi atte al licenziamento di un lavoratore. L'art. 72 del CCNL Agricoltura (Operai) stabilisce che, in un rapporto individuale di lavoro a tempo indeterminato, il licenziamento può avvenire per giusta causa o per giustificato motivo. Il licenziamento per giusta causa, senza obbligo di preavviso, può avvenire nel caso di assenze ingiustificate e non notificate per tre giorni consecutivi, per condanne penali, per recidiva in mancanze che abbiano in passato comportato sanzioni disciplinari, per grave insubordinazione nei confronti del datore di lavoro, per danneggiamenti dolosi a macchinari, coltivazioni o stabili ed infine per furto in azienda. Per quanto concerne il CCNL Metalmeccanici Industria, il licenziamento senza preavviso può avvenire quando il lavoratore provochi all'azienda grave nocumento morale o materiale o quando ponga in essere, in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro, azioni che integrino delitto a norma di legge. Tra queste infrazioni riscontriamo la grave insubordinazione ad un superiore, il furto in azienda, il danneggiamento volontario di materiale dell'azienda, l'abbandono del proprio posto da cui possa comportare pregiudizio per l'incolumità di altre persone etc. etc.

⁸³ G. PERA, *I licenziamenti individuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma 1990, pag. 4.

In tutte queste circostanze comunque il giudice di merito ha l'obbligo di valutare la proporzionalità tra fatti addebitati e provvedimenti assunti.

2.3 Licenziamento per giustificato motivo soggettivo

Il licenziamento del lavoratore in un contratto a tempo indeterminato può avvenire, come abbiamo detto, oltre che per giusta causa anche per giustificato motivo, che a sua volta può essere soggettivo o oggettivo.

Prendendo in esame il primo è evidente che questo tipo di licenziamento rientra, come quello per giusta causa, tra i licenziamenti di tipo disciplinare, in quanto si concretizza anche esso in un inadempimento degli obblighi contrattuali, ed è di conseguenza sottoposto alle modalità di contestazione previste dall'art. 7 della legge 300/1970, pena l'illegittimità del licenziamento⁸⁴.

La nozione c'è data dall'art 3 della legge 604/1966 che lo definisce come un "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore". Questa definizione richiama in modo evidente quanto contenuto nel codice civile all'art. 1455⁸⁵ che non ammette la risoluzione del contratto nel caso in cui occorra un inadempimento di scarsa importanza.

La nozione dataci dal legislatore all'art. 3 della legge n 604/1966, rende molto difficile distinguere il giustificato motivo soggettivo dalla giusta causa, poiché il confine tra le due fattispecie è davvero molto sottile. La Cassazione ha precisato che "la giusta causa ed il

⁸⁴ P.Passalacqua - M.Cerasi *I requisiti sostanziali. Il giustificato motivo soggettivo*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op.cit., pag 137.

⁸⁵ Si riporta per comodità l'art 1455 c.c. (*Importanza dell'inadempimento*): "Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".

giustificato motivo soggettivo costituiscono qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, l'uno con effetto immediato e l'altro con preavviso⁸⁶”. Quindi nel caso di giusta causa il recesso è immediato senza obbligo di preavviso ed il lavoratore non avrà diritto all'indennità di mancato preavviso, nel secondo invece si svolgerà il preavviso e di conseguenza il lavoratore avrà diritto alla retribuzione.

Ma secondo una parte della giurisprudenza, ciò che differenzia le due fattispecie, non è solo l'aspetto quantitativo dell'intensità dell'inadempimento, che è notevole nel giustificato motivo soggettivo e gravissimo nella giusta causa⁸⁷, ma anche l'aspetto qualitativo, poiché mentre nella giusta causa possono rientrare anche comportamenti estranei alla sfera lavorativa, quindi attinenti a quella personale, nel giustificato motivo soggettivo invece rilevano solo gli inadempimenti degli obblighi contrattuali.

Il notevole inadempimento deve essere valutato in base alla combinazione di due fattori: il profilo della condotta obiettiva tenuta dal lavoratore e il piano della colpa ascrivibile al dipendente.⁸⁸

Presentano una serie di affinità con la giusta causa anche gli elementi presi in considerazione dal giudice al fine della qualificazione dell'inadempimento; in particolare il giudice dovrà valutare la natura del singolo rapporto, delle mansioni svolte dal dipendente, dall'entità della violazione commessa⁸⁹, mentre non si è concordi in giurisprudenza sulla possibilità del giudice di tener conto anche dei comportamenti anteriori tenuti dal dipendente rispetto a quelli posti alla base del licenziamento.

⁸⁶ Cass. 3 Novembre 2008 n. 26379.

⁸⁷ Cass. 7 Luglio 2004 n. 12508.

⁸⁸ P.Passalacqua - M.Cerasi *I requisiti sostanziali. Il giustificato motivo soggettivo*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op.cit., pag 140.

⁸⁹ *Ibidem*.

Anche in questo caso il danno arrecato al datore di lavoro assume solo un'importanza secondaria, infatti potrà essere valutato dal giudice come “parametro integrativo nell'accertamento del notevole inadempimento che legittima il licenziamento per giustificato motivo soggettivo”⁹⁰ (fermo restando il principio di immutabilità della contestazione e persistendo la volontà del datore di lavoro a risolvere il rapporto).

La giurisprudenza considerando giustificato motivo soggettivo e giusta causa come due ipotesi di licenziamento appartenenti al medesimo genus, ritiene che il giudice qualora all'esito dell'indagine, attribuisca al fatto posto in essere alla base del recesso una minor gravità, senza incorrere con ciò in una violazione dell'art 112⁹¹ c.p.c, potrà convertire anche d'ufficio o su richiesta delle parti la giusta causa nel giustificato motivo soggettivo, permettendo quindi al lavoratore di ottenere l'indennità di preavviso.

Questa conversione trova però due limiti: il primo riguarda *“l'impossibilità per il giudice di accertare fatti nuovi e diversi rispetto a quelli che il datore di lavoro ha detto a motivazione del provvedimento espulsivo”*⁹² ed inoltre la possibilità di operare la conversione resterebbe preclusa “qualora questa implichi una riqualificazione da licenziamento per colpa in licenziamento per giustificato motivo oggettivo giacchè assolutamente diversa sarebbe la natura del titolo del recesso”⁹³. Anche per questo tipo di licenziamento i contratti collettivi tipizzano una serie di ipotesi, ovviamente non vincolanti per il giudice.

⁹⁰ Cass. 7 Giugno 1984 n. 3449.

⁹¹ Si riporta per comodità l'art 112 c.p.c. (*Corrispondenza tra chiesto e pronunciato*): “Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”.

⁹² Cass. 20 Giugno 2002 n. 9006.

⁹³ Cass 14 giugno 2005 n. 12781.

La prima ipotesi che rileva è quello di violazione del dovere diligenza richiesto al prestatore di lavoro nell'adempimento dell'obbligazione. In particolare la Cassazione nella sentenza 5 maggio 2014 n. 9597 stabilisce che *“il comportamento negligente posto in essere da un lavoratore nel pieno svolgimento delle proprie mansioni, ben può costituire giustificato motivo soggettivo di licenziamento, rappresentando una valida ragione per il venir meno da parte del datore di lavoro della fiducia sull'esattezza delle future prestazioni lavorative, qualora tale condotta costituisca grave inadempimento dei propri obblighi”*.⁹⁴

Un'altra ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo è il licenziamento del lavoratore per scarso rendimento dal momento che egli deve svolgere la sua attività al fine di realizzare il bisogno economico del datore di lavoro. Occorre sottolineare però che la prestazione del lavoratore può risultare inadeguata anche per fattori non da lui dipendenti o addirittura ascrivibili alla stessa. Ergo il datore di lavoro oltre a provare il mancato raggiungimento di un obiettivo atteso, ha anche l'onere di dimostrare che vi sia colpa del lavoratore nel mancato adempimento degli obblighi contrattuali e negligenza nello svolgimento della prestazione lavorativa. Il solo dato costituito dal mancato raggiungimento di un obiettivo non legittima la risoluzione del rapporto. Questa valutazione di norma è prerogativa del giudice di merito il quale non può e non deve trascurare i principi costituzionali che suggeriscono un bilanciamento tra i due interessi, quello del lavoratore salvaguardato dall'art. 4 della Costituzione e quello dell'impresa, tutelato invece dall'art. 41 della Costituzione.

La Cassazione nella sentenza 16 luglio 2013 n. 17371 dispone infatti, che : *“ Il datore di lavoro che intenda far valere lo scarso rendimento*

⁹⁴ A.Colombo -P.Rausei -A.Ripa -A.Varesi, *Licenziamento*, III edizione, Milano, Ipsoa, 2017, pag. 110.

quale giustificato motive soggettivo di licenziamento è onerato dalla dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, quale fatto complesso alla cui valutazione deve concorrere anche l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato”(nel caso di specie confermata la decisione dei giudici di legittimità, sull'illegittimità del licenziamento intimato dal datore di lavoro, il giudice aveva ritenuto che la valutazione negativa in ordine allo svolgimento dei sei incarichi non potesse essere idonea di per se a giustificare il provvedimento espulsivo, adottato senza alcun precedente significativo ai fini della recidiva).

Essendo a differenza della giusta causa un licenziamento con preavviso, questo comporterà l'inefficacia dello stesso in pendenza di malattia del dipendente destinatario e sarà inefficace fino al termine della stessa malattia⁹⁵.

Infine altre ipotesi sono: insubordinazione, assenza ingiustificata dal posto di lavoro, contestazione delle direttive del datore di lavoro, assenze ingiustificate,

Molte di queste cause sono anche riconducibili alle giusta causa quindi sembra evidente concludere che il confine tra le due fattispecie debba essere determinato in relazione alle circostanze del caso concreto.

2.4 Licenziamento per giustificato motivo oggettivo

L'ultima ipotesi di licenziamento da prendere in considerazione riguarda il giustificato motivo oggettivo.

⁹⁵ Tribunale di Milano 4 giugno 1994

Citando il dato normativo, questo trova il proprio fondamento “in ragioni inerenti l’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento dello stesso”⁹⁶.

L’ampia previsione, in particolare, abbraccia tutti i fatti inerenti l’attività produttiva, che deve realizzarsi secondo criteri di ragionevolezza economica, all’organizzazione del lavoro, che deve adeguarsi al proficuo impiego delle risorse umane nonché al funzionamento delle strutture operative, che deve attuarsi con crismi della regolarità⁹⁷.

Tale impostazione tradizionale è stata parzialmente rivisitata alla fine degli anni 90⁹⁸ dalla Corte di Cassazione che ha sostenuto che l’art. 3 della legge n. 604/1966 menziona il notevole inadempimento degli obblighi contrattuali riferendosi non soltanto al caso in cui l’inadempimento è imputabile al lavoratore ma anche nel caso in cui il notevole inadempimento non è a lui imputabile.

Alla luce di questo orientamento potrebbe parlarsi di giustificato motivo oggettivo in due ipotesi essenzialmente distinte: la prima riguarda le ragioni inerenti l’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento della stessa; la seconda riguarda invece il notevole inadempimento che però non è sanzionato dal datore di lavoro per la colpevolezza del lavoratore in quanto altrimenti si rischierebbe di ricadere nella fattispecie del licenziamento disciplinare.

A sostegno di tale argomentazione parte della dottrina ritiene che il giustificato motivo oggettivo comprenda “tutte le ipotesi in cui il

⁹⁶ E. Venzo, *L’impugnazione del licenziamento alla luce del Collegato Lavoro 2010*, in *Avanguardia giuridica*, pag. 10.

⁹⁷ Cass. Sez. Lav. n. 7904/1994.

⁹⁸ Cass. S.U. n. 7755/1999.

licenziamento individuale del lavoratore non sia giustificato da condotta colpevole di quest'ultimo"⁹⁹.

Le ipotesi più frequenti di ragioni inerenti l'attività produttiva sono la cessazione o riduzione dell'attività aziendale che obbligano il datore a dover chiudere la propria attività o a ridurre la forza lavoro in un'ottica di riequilibrio costi/ricavi, o per "terziarizzare alcune attività all'esterno"¹⁰⁰.

Un esempio della riorganizzazione del lavoro può essere quello di procedere ad una riorganizzazione della propria azienda, imposta ad esempio dall'utilizzo di nuovi macchinari, che richiedono un minor numero di lavoratori.

In questo caso la giurisprudenza ha chiarito che perché un licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia giustificato "*è necessario che il datore di lavoro fornisca la prova non solo della sussistenza di oggettive esigenze aziendali in merito, ma che il mezzo sia adeguato al fine perseguito e che dimostri l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in un altro settore dell'azienda[...]*"¹⁰¹. Questo rappresenta il cosiddetto obbligo di repêchage.

Un orientamento dei giudici di legittimità sostiene inoltre che "*la verifica dell'impossibilità di riutilizzare il lavoratore debba essere estesa all'intera azienda e non alla sola sede cui era addetto il lavoratore, ed anche alle società facenti parte del medesimo gruppo imprenditoriale ,quando si dimostri la sussistenza di unico centro di imputazione di rapporti giuridici*"¹⁰².

Quindi in sintesi l'imprenditore deve dimostrare l'impossibilità di adibire il lavoratore ad un'altra sede. L'onere della prova circa la sussistenza del giustificato motivo oggettivo è a carico del datore di

⁹⁹ F Carinci –R De Luca Tamajo – P.Tosi – T.Treu , *Diritto del lavoro* , 2. *Il rapporto di lavoro subordinato* , Utet 2013, pag. 390.

¹⁰⁰ Cass 13 marzo 2013 n 6346 , Cass 5 settembre 2008 n 22535.

¹⁰¹ Pretura di Pula , 30 maggio 1988.

¹⁰² Cass 16 maggio 2003 n. 7717.

lavoro e la ragione non può essere un generico ridimensionamento dell'attività aziendale ma deve sussistere "l'effettiva necessità" di sopprimere il posto di lavoro a cui era adibito il dipendente.

Secondo l'art. 30 della legge 183/2010, il controllo riservato al giudice, "è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente".

La più recente giurisprudenza ritiene che se il sindacato del giudice si estendesse alle scelte imprenditoriali dell'imprenditore si violerebbe l'art. 41 Costituzione che è espressione della libertà d'iniziativa economica. Il giudice deve quindi, limitare il suo sindacato alla verifica dell'effettività, della veridicità e dimostrare la non pretestuosità della scelta imprenditoriale¹⁰³.

Il giustificato motivo oggettivo, come si evince dalla sentenza Cassazione 18 novembre 2015 n 23620, *" può anche consistere in un esigenza sopravvenuta di una riorganizzazione del lavoro attuata mediante la sostituzione del personale meno qualificato con altro maggiormente dotato di conoscenze ed esperienze produttive, in tal caso, al controllo giudiziale sulla reale sussistenza dell'operazione di riorganizzazione del personale e di redistribuzione delle mansioni può non essere estranea la verifica delle difficoltà economiche in reparti diversi da quelli in cui ha operato il lavoratore licenziato."*

E inoltre, *"Non costituisce giustificato motivo oggettivo, idoneo a giustificare il licenziamento del lavoratore per soppressione del posto di lavoro conseguente alla riorganizzazione aziendale, il subingresso nella società datrice di lavoro di nuovi soci lavoratori adibiti allo svolgimento delle mansioni prima assegnate al lavoratore"*

¹⁰³ G.S.Passarelli in *Diritto dei lavori e dell'occupazione*.

licenziato. La circostanza che i predetti soggetti [...] siano impiegati nello svolgimento di mansioni in precedenza svolte dal prestatore licenziato esclude che il riassetto organizzativo, posto dal datore di lavoro alla base dell'intimato licenziamento, sia diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli e non contingenti, idonee ad influire sulla normale attività produttiva, imponendo un effettiva riduzione dei costi."¹⁰⁴

Quindi, per giurisprudenza consolidata, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrà dirsi legittimo soltanto al ricorrere di tre presupposti:

- la sussistenza delle ragioni produttive o organizzative espressamente richieste dall'art 3 legge n. 604/1966;
- l'esistenza di un nesso casuale tra la ragione posta alla base del licenziamento e il recesso intimato;
- il c.d "obbligo di repêchage", ossia l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni, compatibili con la sua professionalità, alternative a quelle precedentemente svolte.

Con riferimento a quest'ultimo obbligo la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che, proprio in forza del già richiamato principio di libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Costituzione, "la legge non obbliga il datore di lavoro a creare apposite unità dove collocare il personale non altrimenti utilizzabile nelle mansioni proprie della produzione svolta"¹⁰⁵.

Con la sentenza 7 dicembre del 2016 n 25201 la Suprema Corte è intervenuta sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo favorendo, tra i due filoni interpretativi che si fronteggiavano, quello volto a proteggere lo spazio della libertà di iniziativa economica privata. In particolare il primo seguito dalla Corte fiorentina, esige

¹⁰⁴ Cass. 12 giugno 2015 n 12242

¹⁰⁵ Cass. n. 9700/2010.

che il licenziamento sia determinato dalla necessità di far fronte a situazioni sfavorevoli non contingenti, che impongano l'adozione di scelte riorganizzative dell'azienda, come la soppressione del posto di lavoro; il secondo considera legittima la risoluzione del rapporto decisa dall'imprenditore a seguito di ristrutturazioni aziendali, qualunque ne siano le finalità in quanto rientranti nell'esercizio della libera iniziativa economica.¹⁰⁶ Il caso esaminato nella suddetta sentenza aveva a oggetto un licenziamento intimato nel 2013 al direttore di una società per azioni motivato con la necessità di far fronte a "situazioni sfavorevoli influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva". Secondo questa sentenza, oltre alle situazioni economiche sfavorevoli non contingenti, le ragioni che integrano un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sono anche quelle riorganizzative, le quali sono di per sé sufficienti ad integrare le ragioni di cui si fa riferimento all'art 3 della legge 604/1966.

Infine oltre alle ipotesi riguardanti la realtà aziendale, possiamo ricomprendere nel novero del giustificato motivo oggettivo anche situazioni riconducibili al dipendente che non comportano una violazione delle obbligazioni contrattuali, ma che incidono sullo svolgimento dell'attività produttiva.

Un'ipotesi in tal senso può essere quella della carcerazione preventiva del lavoratore, in tal senso la Corte ha stabilito nella sentenza Cassazione 1 settembre 1999 n 9239 che *"la carcerazione preventiva del lavoratore per fatti estranei al rapporto di lavoro non costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali, ma integra un fatto oggettivo che determina una sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa, in relazione alla quale la persistenza nel datore di lavoro dell'interesse a ricevere le ulteriori prestazioni del*

¹⁰⁶ Questioni di giustizia di Carla Ponterio

dependente detenuto deve essere valutata secondo criteri obiettivi, cioè con riferimento alle esigenze dell'azienda, da valutarsi con giudizio ex ante e non ex post". Bisognerà quindi tener conto del tipo di organizzazione tecnico-produttiva, dalla natura delle mansioni del detenuto, dalla durata della custodia cautelare e infine dalla possibilità di assegnare le mansioni dello stesso ad altri dipendenti senza procedere a nuove assunzioni.

Un'ipotesi particolare di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, riguarda il licenziamento individuale plurimo ossia quello che interessa più lavoratori.

Questo si differenzia dal licenziamento collettivo in quanto mentre con quest'ultimo abbiamo un ridimensionamento dell'attività di impresa, nell'individuale plurimo abbiamo una semplice riduzione dei posti di lavoro non collegata alla riduzione dell'attività produttiva ma magari dovuta ad una riorganizzazione che tende ad un maggior rendimento economico attraverso la riutilizzazione delle residue forze lavorative.

Come si evince nella sentenza della Cassazione 1 febbraio 2003, n. 1526 *"nel caso in cui il datore di lavoro, ponga in essere alcuni licenziamenti senza superare la soglia quantitativa dell'art 24 della legge 223/91, gli stessi devono essere qualificati come licenziamenti plurimi per ragioni obiettive dell'azienda, [...] quindi la loro legittimità resta subordinata alla condizione ,con onere probatorio a carico del datore di lavoro, sia della incidenza della ristrutturazione sulla specifica posizione di lavoro, sia della impossibilità di utilizzare altrove la prestazione del lavoratore in mansioni compatibili con la sua qualifica"* e continua specificando che *"pertanto, ove l'iniziale intenzione del datore di lavoro di procedere al licenziamento di più di cinque dipendenti non si realizzi a seguito di ripensamento dello stesso datore di lavoro, l'eventuale licenziamento di un numero*

inferiore di dipendenti comporta comunque la qualificazione degli stessi come individuali, con la conseguente applicazione della disciplina dettata per questi ultimi e non di quella prevista per i licenziamenti collettivi”.

La Cassazione stabilisce inoltre che nel licenziamento individuale plurimo per riduzione del personale, il datore di lavoro dovrà ispirare la sua scelta (dei lavoratori di licenziare) ai criteri di buona fede e correttezza, pertanto, nonostante non abbia l'obbligo di far ricorso ai criteri previsti per il licenziamento individuale, potrà rifarsi agli stessi in quanto costituiscono uno standard idoneo a consentirgli di esercitare il suo potere di scelta, in modo compatibile agli interessi del lavoratore e a quelli aziendali.”¹⁰⁷

La Riforma Fornero ha introdotto per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, una procedura di conciliazione obbligatoria, che prevede l'intervento della Direzione territoriale del lavoro, che il datore di lavoro con più di 15 dipendenti deve attivare prima della comunicazione del licenziamento¹⁰⁸. La comunicazione, da trasmettere per conoscenza al lavoratore, è finalizzata a permettere alla Direzione territoriale del lavoro di convocare, nel termine perentorio di 7 giorni dalla ricezione della richiesta, il datore e il prestatore davanti alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. davanti alla quale le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato, da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro. La procedura, nella quale le parti esaminano anche soluzioni alternative al recesso, deve concludersi entro 20 giorni dalla trasmissione della comunicazione dell'incontro salvo che le parti, di comune accordo,

¹⁰⁷ Cass 9 maggio 2002 n 6667

¹⁰⁸ G. Laspina, *Compendio di diritto del lavoro*, op.cit, pag 165.

non intendano proseguire la discussione per il raggiungimento di un accordo. Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, trovano applicazione le disposizioni in materia di nuova assicurazione sociale per l'impiego (la cd. Naspi), nonostante la conseguente perdita dello stato di disoccupazione involontario, e può essere previsto l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia per il lavoro ovvero di somministrazione, di intermediazione, e di supporto alla ricollocazione professionale. Se invece il tentativo conciliativo fallisce il datore di lavoro, decorsi 7 giorni, può comunicare al lavoratore il licenziamento.

L'obiettivo del legislatore era quello di deflazionare il più possibile i contenziosi in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e trovare, allo stesso tempo, un punto di incontro per contemperare le esigenze sia dei lavoratori che dei datori di lavoro.

2.5 Licenziamento collettivo

L'art. 24 del D.lgs. 223/91 stabilisce che si è in presenza di un licenziamento collettivo quando il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che occupi più di 15 dipendenti, intenda effettuare 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive nell'ambito del territorio della stessa provincia.

Questa materia era in passato presa in considerazione solo da accordi interconfederali, soltanto successivamente a seguito del recepimento di due direttive europee (75/129 e 92/56) è stata disciplinata dal legge 223/1991.

La diversa disciplina è dovuta al fatto che questo tipo di licenziamento coinvolgendo più lavoratori, crea un maggiore allarme sociale, ed è inoltre subordinato all'esperimento di un procedimento di

coinvolgimento delle rappresentanze sindacali.¹⁰⁹

La normativa sul licenziamento collettivo quindi si applica quindi come si evince dal dato testuale al ricorrere di determinati presupposti spazio-temporali.

Per la verifica del requisito dimensionale (per il calcolo della soglia dei 15 dipendenti), mentre una parte della giurisprudenza ritiene applicabile il criterio della media occupazionale nell'ultimo semestre, e quindi al criterio della normale occupazione¹¹⁰, un altro orientamento giurisprudenziale contrastante ritiene che *“il mancato rinvio dell'art 24 all'art 4 comma 1 della legge 223/1991 non consentirebbe di fare riferimento al criterio della normale occupazione”* ma permetterebbe di far riferimento ai dipendenti in forza al momento dell'inizio della procedura o al momento dell'eventuale cessazione dell'attività¹¹¹. Invece per soddisfare il requisito dei 5 dipendenti è sufficiente che il datore di lavoro dimostri l'intenzione iniziale di procedere in tal modo, irrilevante sarà quindi se al termine dello stessa procedura risulterà inferiore il numero dei dipendenti licenziati.¹¹²

Per definire inoltre l'arco temporale dei 120 giorni, la Cassazione nella sentenza 30 Ottobre 2000 n. 14322 ha stabilito che rileva *“il giorno in cui si perfezione il licenziamento, e non quello dopo il decorso del preavviso, ed inoltre nel computo dell'arco temporale viene incluso il giorno iniziale, ossia quello del primo licenziamento”*. L'art. 24 richiede inoltre il requisito casuale, ossia che il licenziamento collettivo ricorre per far fronte a ragioni inerenti l'impresa, come una riduzione o trasformazione dell'attività di lavoro o quando si intenda cessare l'attività. Quindi il licenziamento collettivo

¹⁰⁹ G.Santoro.Passarelli op cit pag342

¹¹⁰ Cass 12 novembre 1999 n 12592

¹¹¹ Cass 8 febbraio 2010 n 2734

¹¹² Cass 2 agosto 2012 n 13884

non presuppone necessariamente una crisi aziendale ma è sufficiente una semplice riduzione della stessa attività. La disciplina si applica:

- a imprese in tutti i settori economici;
- alle società cooperative di produzione e lavoro;
- ai privati datori di lavoro non imprenditori.

Il licenziamento collettivo include anche i dirigenti, in quanto gli stessi rientrano nel conteggio nei lavoratori in esubero per l'applicazione della relativa procedura.

La legge 223/1991 prevede due fattispecie di licenziamenti collettivi:

- all'art. 4 licenziamento collettivo per messa in mobilità;
- all'art. 24 licenziamento collettivo per riduzione del personale.

La differenza tra le due fattispecie riguarda che la prima ipotesi è legata alle vicende della Cassa integrazione straordinaria e riguarderà i lavoratori che non potranno essere ripresi in azienda al termine del programma di risanamento, mentre la seconda prescinde dal ricorso alla stessa e riguarderà comunque i datori di lavoro con più di 15 dipendenti compresi i dirigenti.¹¹³

Ciò che caratterizza i licenziamenti collettivi, distinguendoli dai licenziamenti individuali, è la dettagliata procedura imposta al datore di lavoro come presupposto di legittimità degli stessi.

Infatti la legge condiziona la possibilità del datore di lavoro alla riduzione di personale alla cosiddetta "procedura di mobilità", in virtù della quale lo stesso dovrà informare le rappresentanze sindacali aziendali e le rispettive associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

Nella relativa comunicazione andranno indicati i motivi per i quali si è verificata la situazione di eccedenza del personale, sia i motivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee volte ad evitare

¹¹³ G.S.Passarelli op cit pag 343

anche solo in parte il licenziamento collettivo.

Entro il termine di 7 giorni dalla ricevuta comunicazioni le rsa potranno chiedere un esame congiunto tra le parti, per cercare di esaminare le cause che sono alla base dell'eccedenza di personale, e cercando soluzioni per utilizzare i lavoratori all'interno della stessa impresa, nonché in caso di impossibilità di evitare la riduzione, le parti si concentreranno sulla possibilità di ricorrere a misure sociali di accompagnamento per facilitare la riqualificazione e la conversione dei lavoratori licenziati. L'esame deve esaurirsi entro 45 giorni dalla ricevuta comunicazione.

In caso di mancato accordo la procedura continua davanti all'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione.

Sono previsti inoltre una serie di incentivi economici e normativi per favorire la conclusione dell'accordo con le associazioni sindacali.

Questo secondo esame, in ogni caso, deve concludersi al massimo entro trenta giorni da quando l'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, ha ricevuto la comunicazione relativa al primo esame congiunto tra le parti. Dopo aver eseguito entrambe le procedure, il datore di lavoro può licenziare i lavoratori eccedenti nel rispetto del termine del preavviso e con atto scritto, e dovrà trasmettere all'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione l'elenco dei lavoratori collocati in mobilità comprensivo di luogo di residenza, qualifica, livello di inquadramento, età e carico di famiglia. Dovrà essere fornita la puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nonché l'informazione dovrà indicare anche il numero la collocazione aziendale del personale eccedente i tempi di attuazione del programma di riduzione del personale e le eventuali misure programmate per fronteggiare la conseguenza sul piano sociale.

L'art 5 della legge 223/91 inoltre stabilisce che *“l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità avverrà in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, secondo criteri stabiliti da contratti collettivi, in mancanza suppliranno quelli determinati dalla legge, come anzianità di servizio, carichi di famiglia ecc. In questo modo non il datore di lavoro non potrà scegliere quali lavoratori licenziare.”*

La normativa sui licenziamenti collettivi si applica a tutte le ipotesi di cessazione dell'attività aziendale anche se non dipendenti da una scelta volontaria del datore di lavoro come ad esempio una pronuncia giudiziale a seguito di una procedura concorsuale. Il liquidatore, il curatore o il commissario dovranno infatti licenziare secondo la disciplina prevista dalla legge 223/1991, in quanto la stessa ha carattere assolutamente generale ed obbligatorio.¹¹⁴

La Cassazione ha inoltre stabilito che non potranno sottrarsi all'applicazione della relativa disciplina sui licenziamenti collettivi le imprese che gestiscono servizi in appalto, ove ne ricorrano i relativi presupposti dimensionali e temporali.¹¹⁵

In relazione a quest'ultima fattispecie il Tribunale di Torre Annunziata nella sentenza 25 giugno 2007 n 23239 ha stabilito che *“L'impresa titolare di un appalto relativo ai servizi di pulizia con più di 15 dipendenti, che, in caso di cessazione dello stesso e in conseguenza di ciò, provveda a licenziare i propri dipendenti, dà luogo a un licenziamento collettivo, qualora risolva il rapporto con almeno cinque dipendenti, nell'arco di 120 giorni, nell'ambito della medesima provincia. In tal caso, l'azienda è tenuta a rispettare, per la legittimità dei licenziamenti, la procedura prevista dagli art 4,5 e 24, legge n 223/1991, non rientrando l'attività svolta nelle eccezioni di*

¹¹⁴ Cass 2 marzo 2009 n 5032

¹¹⁵ Cass 24 marzo 2000 n 2463

*cui al comma 4 del predetto art 24”.*¹¹⁶

Il già citato art. 4 della l. n. 223/1991 disciplina la procedura per la dichiarazione di mobilità ed anche quella in caso di licenziamenti collettivi. Essa si divide in due fasi, una “sindacale” ed una “amministrativa”, all’interno delle quali datore di lavoro e sindacati provano a trovare soluzioni alternative al licenziamento. Innanzitutto l’impresa deve dare comunicazione preventiva per iscritto alle RSA ed alle rispettive associazioni di categoria. Questa deve contenere l’indicazione:

- dei motivi che determinano l’eccedenza;
- dei motivi per cui non si pensa di poter rimediare alla situazione ed evitare, almeno in parte, il licenziamento collettivo;
- del numero, della collocazione in azienda e dei profili professionali del personale eccedente;
- dei tempi di attuazione;
- delle misure predisposte per attenuare le conseguenze sul piano sociale.

Esaurita questa fase, il datore di lavoro comunica alla competente Direzione del lavoro l’esito dell’esame ed i motivi per l’eventuale mancato accordo tra le parti. La Direzione del lavoro può eventualmente convocare nuovamente le parti per addivenire ad un accordo. Se anche in quest’altra fase non si trova un accordo alternativo, il datore di lavoro può procedere al licenziamento, comunicandolo ad ogni lavoratore per iscritto nel rispetto dei tempi di preavviso. Entro sette giorni poi l’elenco dei lavoratori licenziati, con l’indicazione per ognuno del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell’età, del carico familiare e con l’indicazione dei criteri di scelta, deve essere consegnato

¹¹⁶ eccezione riferibile ai lavoratori edili, a quelli a termine e alle attività stagionali.

“all’Ufficio regionale del lavoro e della massima occupazione competente, alla Commissione regionale per l’impiego ed alle associazioni di categoria”¹¹⁷.

L’art. 5 della predetta legge stabilisce che l’individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire nel rispetto delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative dell’azienda, dei criteri predisposti dai contratti collettivi oppure, in assenza di questi, nel rispetto del carico di famiglia, dell’anzianità e delle succitate esigenze tecnico-produttive ed organizzative. I criteri concordati con i sindacati devono essere caratterizzati dall’oggettività come quelli indicati per legge. Possono dunque essere diversi ma non discrezionali perché altrimenti non sarebbero verificabili. I criteri scelti devono dare la possibilità di formare una graduatoria rigida che possa essere controllata per certificare l’assenza del margine di discrezionalità del datore di lavoro.

In riferimento invece al regime sanzionatorio, nel caso di recesso intimato senza la forma scritta, viene applicato l’art. 18, comma 1 della l. 300/1970 che implica il reintegro nel posto di lavoro ed un’indennità valutata in base all’ultima retribuzione globale maturata, comunque non inferiore alle cinque mensilità. Nel caso di recesso intimato senza ispettare la procedura sindacale si applica la tutela obbligatoria per i licenziamenti economici ossia l’indennità da un minimo di 12 mensilità ad un massimo di 24, sempre dell’ultima retribuzione globale. In caso poi di recesso violando i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, si applica invece la tutela reale che prevede il reintegro nel posto di lavoro ed un’indennità non superiore alle 12 mensilità.

In tutte e tre queste ipotesi, il lavoratore può impugnare il licenziamento con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, entro 60

¹¹⁷ Art. 4, comma 9, della l. 223/1991 modificata dall’art. 1, comma 44, della l. 92/2012.

giorni dalla comunicazione scritta ed entro 180 giorni deve depositare il ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro oppure deve comunicare alla controparte la richiesta di conciliazione.

2.6 Il licenziamento disciplinare

Per quanto riguarda il licenziamento disciplinare, prima della legge 92/2012 il diritto positivo del lavoro non faceva alcun tipo di distinzione in relazione a questa tipologia di licenziamento; infatti l'art. 18 della legge 300/1970, prevedeva solo tre vizi del licenziamento (licenziamento intimato in violazione dei requisiti formali dell'art. 2 della legge 604/1966; senza giusta causa o giustificato motivo; licenziamento discriminatorio) ma non prevedeva il quarto vizio ossia quello del licenziamento intimato senza le garanzie difensive previste dall'art. 7 della legge 300/1970. Oggi la giurisprudenza qualifica il licenziamento disciplinare come “il licenziamento derivante da inadempimento del lavoratore e preceduto dall'espletamento della procedura di contestazione disciplinare di cui all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori; tale inadempimento potrà poi condurre, sul piano sostanziale, a seconda della gravità dei fatti addebitati, ad un licenziamento per giusta causa oppure ad un licenziamento per giustificato motivo, spettando al giudice di merito il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione all'addebito contestato”¹¹⁸.

Quindi il datore di lavoro che ricorra a un licenziamento disciplinare dovrà seguire una procedura a garanzia del lavoratore per le sanzioni conservative, ossia:

¹¹⁸ F.Rotondi, *Licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Diritto e pratica del lavoro*, Milano, Ipsoa 2012, pag.62.

- affissione del codice disciplinare;
- contestazione dell'infrazione (immediata, specifica e immutabile);
- termine a difesa;
- giustificazioni del lavoratore;
- audizione difensiva se richiesta;
- irrogazione della sanzione o accoglimento delle giustificazioni o inattività del datore di lavoro;
- esecuzione della sanzione.

L'inadempienza dovrà essere contestata al lavoratore attraverso una comunicazione consegnata a mano o per raccomandata, all'interno della quale si dovrà manifestare in modo inequivoco l'intenzione di ritenere la condotta del lavoratore come illecito disciplinare.

Il mancato esperimento di tale procedura costituisce un vizio che comporta l'illegittimità del licenziamento¹¹⁹.

La Cassazione 21 dicembre 2010, n. 25856, ha stabilito che *“l'immediatezza della contestazione disciplinare deve essere intesa in senso relativo, potendo essere compatibile con un intervallo di tempo più o meno lungo, in dipendenza della complessità delle indagini da compiere e della maggiore articolazione dell'attività dell'impresa”*.

L'onere di prova ricade sul datore di lavoro, il quale può anche sospendere in via cautelare il lavoratore se la presenza di quest'ultimo in azienda possa risultare incompatibile con il procedimento disciplinare o penale.

Il lavoratore soggetto al procedimento disciplinare, dovrà essere ascoltato personalmente ogni volta che ne farà espressa richiesta di audizione; tale diritto non viene meno neanche se il dipendente, dopo aver chiesto di essere sentito, presenta giustificazioni scritte complete ed esaustive.

¹¹⁹ www.di-elle.it

Qualora il datore di lavoro non conceda l'audizione, il licenziamento è inefficace, per omessa applicazione della procedura prevista dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori. Al dipendente tuttavia non spetterà la reintegrazione sul posto di lavoro e nemmeno il risarcimento ordinario: il rapporto si considera comunque risolto, e il dipendente ha diritto al risarcimento del danno spettante per i vizi formali e procedurali, pari ad un importo variabile tra le 6 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita.

La Cassazione ha stabilito inoltre che *“l'affissione del codice disciplinare costituisce requisito essenziale per la validità del licenziamento (o comunque della applicazione della sanzione disciplinare) soltanto quando questo costituisca la sanzione per l'infrazione ad una disposizione corrispondente ad una esigenza peculiare dell'azienda, non quando l'infrazione riguardi doveri previsti dalla legge. Ne discende che da tale forma di pubblicità si può prescindere allorché il lavoratore si sia reso autore di comportamenti rispetto ai quali la fonte del recesso datoriale è direttamente reperibile nella legge, ovvero allorché l'illiceità della violazione, per l'evidente contrasto con la coscienza comune e con le regole fondamentali del vivere civile, possa essere conosciuta ed apprezzata dal lavoratore senza bisogno di previo avviso”*¹²⁰.

Inoltre all'art. 7 lo Statuto dei Lavoratori stabilisce che il datore di lavoro non possa adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza aver sentito le sue difese. Questi concreta un preciso limite all'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro che deve rispettare il diritto di difesa del dipendente e consentire allo stesso di esercitarlo personalmente, attraverso la sua audizione, con o senza l'assistenza di un rappresentante sindacale, ovvero per iscritto. Pertanto continua *“è illegittimo il licenziamento*

¹²⁰ Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 10.05.2010 n. 11250

disciplinare comminato al dipendente che a causa di uno stato mentale di scompenso psicotico e di conseguente ricovero ospedaliero coattivo di cui il datore di lavoro è a conoscenza – si trovi nella assoluta impossibilità di presentare la giustificazione ovvero di comunicare la sua eventuale volontà di presentarle” ¹²¹.

In base agli artt. 2104¹²² e 2105¹²³ c.c., il datore è legittimato ad infliggere sanzioni disciplinari in caso di mancata diligenza, obbedienza o inosservanza dell’obbligo di fedeltà. La teoria ontologica riconosce natura disciplinare al licenziamento motivato da un comportamento imputabile a titolo di colpa al lavoratore¹²⁴.

Si ritiene infatti che il licenziamento disciplinare copra l’intera area del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, in larga misura, quella del licenziamento per giusta causa.

I comportamenti che possono portare ad un licenziamento disciplinare per giusta causa quindi possono essere:

- abbandono del posto di lavoro, a causa del quale potrà derivare un danno al datore di lavoro;
- assenza ingiustificata;
- comportamenti connessi alla malattia (rifiuto di rientrare al lavoro dopo il periodo di malattia, lavorare per terzi durante la malattia, assenza durante la visita del controllo malattia):

¹²¹ Trib. Milano, 5 febbraio 2003, Est. Vitali, in Lav. nella giur., 2003, 1173

¹²² Si riporta l’art 2104 c.c. (*Diligenza del prestatore di lavoro*): “*Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall’interesse dell’impresa e da quello superiore della produzione nazionale . Deve inoltre osservare le disposizioni per l’esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall’imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*”.

¹²³ Si ri porta l’art 2105 c.c. (*Obbligo di fedeltà*): “*Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l’imprenditore, né divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*”.

¹²⁴ M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Roma, Wolters Kluwer Italia, 2006, pag. 176.

- insubordinazione (rifiuto immotivato di svolgere la prestazione lavorativa);
- divulgazione di fatti tesi a ledere l'immagine del datore di lavoro o dell'azienda;
- violazione dei doveri di diligenza, riservatezza e obbedienza.

Il giudice dovrà poi valutare se la sanzione prevista nel contratto di categoria è congrua con il caso specifico che gli viene presentato. Ma se la condotta per la quale il dipendente è stato licenziato per giusta causa è punibile dal contratto collettivo o dal codice disciplinare solo con una sanzione conservativa, il licenziamento sarà dichiarato illegittimo.

Nella giusta causa di licenziamento disciplinare, come abbiamo detto rientrano inoltre anche comportamenti estranei all'attività lavorativa, infatti la Suprema Corte¹²⁵ ha stabilito che il licenziamento fondato su un comportamento del lavoratore estraneo all'attività lavorativa soggiace, come quello determinato da un inadempimento contrattuale, alla procedura ex art. 7 dello Statuto dei lavoratori; infatti, la valutazione datoriale che ritiene quel comportamento rilevante e tale da determinare la risoluzione del rapporto, dimostra che il comportamento medesimo incide su obblighi accessori del rapporto, complementari e strumentali al compimento della prestazione principale e sul vincolo fiduciario. La decisione quindi, come si può facilmente desumere, nega l'esistenza di ipotesi di licenziamento per giusta causa non concretanti licenziamento disciplinare e, allo stesso tempo, ritiene priva di fondamento la distinzione tra comportamenti lesivi di doveri fondamentali che incidono sul rapporto e comportamenti estranei ad esso.

¹²⁵ Cass. Sez. Lav. n. 13526/2004.

Per quanto riguarda invece il giustificato motivo soggettivo come abbiamo avuto modo di precisare, la condotta extralavorativa del dipendente non può essere un motivo valido per chiudere il rapporto di lavoro. L'eventuale mancanza o inadempimento, dunque, deve accadere nell'ambito del lavoro, ed è inoltre a differenza della giusta causa è previsto il preavviso.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2007 hanno inoltre risolto un contrasto giurisprudenziale sul licenziamento disciplinare del dirigente, ossia se per il dirigente nonostante il suo ruolo ricoperto nell'azienda sia necessario espletare il relativo procedimento disciplinare

La Corte ha stabilito che *“le garanzie procedurali dettate dall’art 7 commi 2 e 3 legge 20 marzo 1970, devono trovare applicazione anche nell’ipotesi di licenziamento di un dirigente –a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell’impresa- sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente, sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venire meno la fiducia. In quanto “dalla violazione di dette garanzie [...]scaturisce l’applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi sia logici che giuridici assegnare all’inosservanza effetti differenti[...]”*¹²⁶

Quindi la violazione delle garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori nei confronti di un dirigente comporta una non valutabilità delle condotte causative del recesso”, in quanto la violazione suddetta fa scattare in modo automatico “applicazione delle conseguenze previste dalla contrattazione collettiva o di categoria per il licenziamento ingiustificato”.

¹²⁶ Cass 30 marzo 2007 n 7880

2.7 Recesso ad nutum

Il nostro ordinamento comprende un'area in cui non trova applicazione la disciplina limitativa prevista per il licenziamento individuale. In una serie limitata di ipotesi, infatti, il datore di lavoro può recedere senza necessità di alcuna motivazione e senza alcun tipo di formalità procedurale: si parla in questi casi di recesso *ad nutum* (letteralmente con un semplice cenno). L'unica tutela minima per il lavoratore è economica, in quanto deve comunque essere osservato il preavviso (art. 2118 c.c.), salvo il caso di una giusta causa di recesso. In base all'art. 10 della legge n. 604/1966 ed all'art. 4 della legge n. 108/1990, sono soggetti a tale tipologia di recesso i dirigenti, i lavoratori sportivi professionisti, i lavoratori in prova, gli apprendisti una volta terminato il periodo di formazione obbligatoria, i lavoratori domestici e i lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici.

Con riferimento ai dirigenti parte della giurisprudenza di legittimità¹²⁷ ha affermato che il principio della libera recidibilità sarebbe applicabile solo al dirigente cd. apicale e non al dirigente “medio basso”; tale argomentazione si basa sull'assunto che il primo occupa il posto più elevato nella scala gerarchica dei lavoratori subordinati, dal momento che gli viene assicurata, nell'impresa, una posizione che trova nel potere direttivo la sua vera qualificazione.

Il dirigente può essere licenziato per motivi oggettivi e soprattutto con preavviso e per giusta causa. Nel caso del dirigente la nozione di giustificata sia sul piano oggettivo che soggettivo si discosta da quella prevista dall'art. 3. Le ragioni di questa differenza vanno innanzitutto ricercare nel rapporto di fiducia che lega dirigente al

¹²⁷ Cass. n. 27464/2006.

datore di lavoro. Infatti la cassazione nella sentenza 18 marzo 2014 n 6230 stabilisce che per integrare il canone della giustificatazza basta *“una qualsiasi ragione, purchè apprezzabile in diritto, idonea a turbare il canone di fiducia con il datore ,nel cui ambito rientra l’ampiezza dei poteri attribuiti al dirigente”* .

La Corte di Cassazione ha inoltre stabilito in merito al giustificato motivo, la legittimità del licenziamento, nel caso in cui il dirigente si collochi autonomamente in ferie senza convenire con il lavoratore.

Nell’ipotesi in cui il dirigente contesti la fondatezza del licenziamento avrà il diritto di chiedere il pagamento di un’indennità sostitutiva variabile a seconda del contratto collettivo di riferimento, ed inoltre potrà richiedere il pagamento di un’indennità supplementare che è costituita da importi piuttosto consistenti, fino al massimo di una ventina di mensilità a seconda del contratto collettivo applicato.

Passando alle altre categorie di lavoratori a cui si applica il principio del recessum ad nutum un’attenzione particolare va data ai lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia. In origine l’art 11 della legge 604/1966 stabiliva l’inapplicabilità delle tutele contro i licenziamenti illegittimi nei confronti dei prestatori di lavoro che avessero i requisiti per aver diritto di percepire la pensione di vecchiaia o che comunque avessero superato il sessantacinquesimo anno di età. Questa norma comportava una disparità di trattamento tra uomini e donne, a causa della diversa età richiesta per ottenere la pensione di vecchiaia (65 uomini 55 donne).

Quindi a causa della normativa le donne potevano essere liberamente licenziate dal datore di lavoro all’età di 50 anni , mentre gli uomini entravano in regime di libera re cedibilità soltanto a 60 .

Il legislatore provò a sanare questo differente trattamento con l’art 4 della legge n 903/1977 , dove si prevedette anche per le donne la possibilità di rimanere in servizio fino al raggiungimento dei

sessant'anni previa comunicazione al datore di lavoro 3 mesi prima del raggiungimento dell'età pensionabile.

La Corte di Cassazione è comunque intervenuta successivamente per sanare questa disparità di trattamento dichiarando incostituzionali entrambi gli articoli sopra citati, e il legislatore è intervenuto con la legge 108/1990 disponendo che “la tutela contro i licenziamenti individuali non si applica nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro”.

Oggi la descritta normativa va completata con la revisione del sistema pensionistico del c.d Decreto “Salva Italia” , che introduce all’art 4 una disposizione che consente ai lavoratori, sia donne che uomini, di proseguire a lavorare fino ai 70 anni di età, e ha previsto che le disposizioni dell’art 18 dello statuto dei lavoratori (regime di stabilità reale del posto di lavoro) si applichino fino al 70esimo anno di età soggetto comunque a innalzamenti periodici.

In questo modo il legislatore ha introdotto due distinte discipline per il recesso ad nutum per il lavoratore in possesso dei requisiti richiesti per la pensione di vecchiaia, a seconda che alla fattispecie si applichi l’art 18:

- se i dipendenti lavorano presso un datore di lavoro che occupi più di 15 dipendenti , sono tutelati contro i licenziamenti privi di giustificazione fino ai 70 anni di età;
- se i datori di lavoro presso cui il dipendente si trova occupa fino ai 15 dipendenti, potranno essere licenziati al raggiungimento dei requisiti pensionistici senza poter optare per la prosecuzione fino ai 70 anni di età.

Curiosamente le prime decisioni della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti individuali e, più precisamente, le prime decisioni

sull'art. 2118 c.c. in materia di libera recidibilità (che, è bene ricordarlo, sino agli inizi degli anni '60 costituiva la regola e non l'eccezione), offrivano una lettura molto prudente del diritto del lavoro posto dall'art. 4 Costituzione¹²⁸ in contrasto con una parte della dottrina che voleva l'impegno del legislatore a creare le condizioni di lavoro per tutti e, allo stesso tempo, ad ergersi quale strumento di tutela per i lavoratori già occupati. In tale occasione¹²⁹, la Corte affermò che l'art. 4, contribuiva ad indirizzare l'attività dei pubblici poteri imponendo allo Stato dei precisi obblighi e dei limiti alla sua discrezionalità, ma nel senso di non potere lo Stato violare il concetto di diritto al lavoro inteso come diritto di libertà della persona, giudicata dalla Corte come l'unica situazione giuridica che trovi nella norma costituzionale il suo fondamento inderogabile. Proprio da tale premessa derivò la notissima massima secondo cui l'art. 4, come non garantisce a ciascun cittadino il conseguimento di un'occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo caso dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto.

2.8 La forma e il procedimento del licenziamento

L'art. 2 della legge n. 604/1966 dispone che il licenziamento deve essere comunicato al lavoratore in forma scritta al fine di rendere certa ed univoca la volontà risolutiva del datore di lavoro, in modo da consentire al licenziato una difesa adeguata. La forma scritta, limitatamente alla categoria dei dirigenti, si estende anche alle ipotesi di licenziamento ad nutum.

I requisiti formali conferiscono al licenziamento la necessaria

¹²⁸ G. Fontana, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche* in *www.costituzionalismo.it*, 2016, pag. 88.

¹²⁹ Corte Cost. n. 45/1965.

solennità volta ad evitare che l'estromissione del lavoratore avvenga in maniera avventata senza quella riflessione in qualche modo richiesta dalla comunicazione scritta¹³⁰.

La Riforma Fornero ha modificato integralmente l'art. 2 della legge n. 604/1966 disponendo che il datore di lavoro specifichi già al momento della comunicazione del licenziamento i motivi che l'hanno determinato; l'innovativa norma, in particolare, consente di determinare la categoria motivazionale del licenziamento e quindi la sua qualificazione come discriminatorio, disciplinare o economico, risultando essenziale ai fini della delimitazione dell'accertamento giudiziale e delle tutele applicabili. In precedenza il datore era obbligato a rendere noti i motivi del recesso solo se richiesti dal lavoratore nel termine perentorio di 15 giorni dalla notifica del recesso, decorso tale termine non sarebbe più stato costretto a fornire alcuna motivazione; il datore aveva l'obbligo di fornire i motivi e le ragioni del recesso nel termine perentorio di 7 giorni e la comunicazione dei motivi doveva rivestire anch'essa la forma scritta. Ciò tuttavia non implica che il recedente debba adempiere all'onere probatorio del motivo, che deve essere assolto solo nel caso di impugnazione.

Poiché l'intimazione resta "una dichiarazione onerata",¹³¹ l'atto di recesso deve essere riconducibile, in maniera inequivocabile, al datore di lavoro, quindi deve essere necessariamente intimato da lui o da persona munita di procura scritta ex art. 1392 c.c. Nel caso in cui l'atto venga posto in essere da un falsus procurator il recesso deve essere ratificato con atto successivo ed in modo retroattivo, oppure in atti concludenti consistenti nell'eventuale resistenza in giudizio¹³².

¹³⁰ F. Mazziotti di Celso, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, Jovene 1982, pag. 208.

¹³¹ L. Mantrundola, *I licenziamenti: aspetti formali e procedurali*, in *I nuovi licenziamenti*, N. De Marinis (a cura di), Bari, Laterza 2012, pag. 86.

¹³² A. Palmieri, *Gli aspetti formali e procedurali nei licenziamenti prima e dopo la legge*

2.9 Gli indici di illegittimità del licenziamento e il licenziamento discriminatorio

E' illegittimo il licenziamento intimato in violazione dei requisiti sostanziali e formali prescritti dalla legge. Gli indici di illegittimità, in particolar modo sono costituiti dalla mancanza di una causa giustificatrice (quindi giusta causa o giustificato motivo) che rende il licenziamento annullabile, dalla mancanza di un requisito formale, che comporta invece l'inefficacia del recesso se il licenziamento viene intimato oralmente, dalla mancata comunicazione della specificazione dei motivi che lo hanno determinato ovvero dalla sua intimazione in violazione delle procedure previste per i licenziamenti disciplinari o per giustificato motivo soggettivo.

Oltre al licenziamento privo di giustificazione la legge prevede altre ipotesi di licenziamento illegittimo; si tratta di situazioni che pregiudicano non solo il diritto alla stabilità del posto di lavoro ma anche i principi costituzionali a tutela del lavoratore, considerato prima di tutto individuo e cittadino.

L'art. 4 della legge n. 604/1966 dispone che "il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione addotta". Tale definizione è stata successivamente integrata con l'art. 15 della legge n. 300/1970, cd. Statuto dei lavoratori, confermando la nullità di quei patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali e dall'art. 3 della legge n.

Fornero, n. 1, in Argomenti di diritto del lavoro, Aprile 2013.

108/1990 che ha stabilito, a protezione del lavoratore discriminato, l'applicazione del regime della tutela reale, indipendentemente dal numero di dipendenti occupati presso il datore di lavoro. Per quanto concerne la tematica delle difficoltà connesse alla prova della discriminazione, l'art. 28 D.lgs. n. 150/2011, con l'intento di semplificare tale onere, consente al lavoratore di fornire elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori e specificando, inoltre, che spetta al datore l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. La giurisprudenza, invece, da tempo, ha affermato, sul punto in questione, che l'onere può essere assolto anche tramite presunzioni purchè esse siano gravi, precise e concordanti¹³³.

In riferimento al licenziamento discriminatorio per motivi sindacali, l'orientamento giurisprudenziale che va per la maggiore ritiene che sia configurabile anche quando il licenziamento sia dovuto in ritorsione al ricorso del lavoratore al sindacato per ottenere assistenza e tutela.

La fattispecie del licenziamento discriminatorio si differenzia da quella del licenziamento per ritorsione o rappresaglia; nel licenziamento ritorsivo (che rientra nella categoria dei motivi illeciti ex art. 1345 c.c.) l'onere di provare la ritorsione grava interamente sul lavoratore che non può limitarsi a provare esclusivamente l'insussistenza dei motivi di recesso addotti dal datore di lavoro, poichè l'assenza di ragioni oggettive del licenziamento può rappresentare un elemento idoneo a rafforzare il quadro indiziario circa la natura discriminatoria o ritorsiva ma non è di per sé sufficiente, in assenza di altri elementi probatori, a dimostrare tale natura.

Sul tema della "discriminazione", la legge n. 654 del 13 ottobre 1975 ha ratificato e dato esecuzione alla convenzione internazionale

¹³³ Cass. n. 14753/2000.

sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata a New York il 17 marzo del 1966. L'art. 1 della convenzione intende il termine "discriminazione" come la messa in atto di un comportamento che porti, direttamente o indirettamente, una distinzione, esclusione o preferenza basata su razza, colore, ascendenza. Questa nozione è stata successivamente puntualizzata nella direttiva n. 43 del 2000 in base alla quale "si ha discriminazione diretta quando, a causa della propria razza o origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in situazione analoga". Si parla invece di discriminazione indiretta quando un comportamento, in apparenza neutro, metta una persona di una data razza o origine etnica in una posizione di svantaggio rispetto ad altri. La predetta direttiva è stata inserita all'interno del nostro ordinamento dal d.lgs. n. 215 del 9 luglio 2003 aggiungendo tra le discriminazioni anche le molestie ed i comportamenti indesiderati. Non viene tutelato l'ordine pubblico ma la dignità umana, pura e semplice, difatti la discriminazione non è basata sui comportamenti ma sulla qualità del soggetto.

Qualora a compiere atti o comportamenti discriminatori sia un'impresa alla quale siano stati accordati benefici statali o con la quale siano stati stipulati contratti di appalto per opere pubbliche, servizi o forniture, il giudice del lavoro è tenuto, sulla scia dell'art. 44, comma 11, del d.lgs. 286/1998, a comunicarlo alle amministrazioni pubbliche interessate. Queste avranno la possibilità di revocare il beneficio oppure, nelle situazioni più gravi, escludere l'azienda per due anni da qualsiasi altra concessione o appalto.

La nullità è inoltre prevista dall'art. 1 della legge n. 7/1963 quando il licenziamento è attuato a causa di matrimonio; si presume che il licenziamento della dipendente nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto seguente

alla celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa, sia disposto per causa di matrimonio, anche se al datore viene data la possibilità di provare che il licenziamento non sia dipeso da tale ragione.

Una materia delicata è poi senza dubbio quella della discriminazione di genere che va di pari passo con il principio di “parità di trattamento” disciplinato dal cd. codice della pari opportunità (d. lgs. 198/2006). L’art. 3 della Costituzione, che ha codificato il principio di uguaglianza “davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”, è inteso violato dal datore di lavoro quando egli disciplini in maniera diversa situazioni del tutto assimilabili oppure in maniera identica situazioni differenti. Più nel particolare, la tutela della donna lavoratrice era stata inserita nell’art. 37 della Costituzione che sancisce per essa gli stessi diritti e le stesse retribuzioni, a parità di lavoro, rispetto all’uomo. La normativa relativa alla parità di trattamento negli anni si è indirizzata su tre fronti distinti:

- il divieto di discriminazione sul lavoro e la predisposizione degli strumenti adatti per garantire il rispetto di tale divieto;
- la promozione di iniziative capaci di realizzare concretamente la parità tra i sessi;
- la formulazioni di determinati obblighi in capo alle aziende per controllare il rispetto delle norme sulle pari opportunità.

Il codice della pari opportunità sancisce all’art. 1, comma 1, il divieto di discriminazione basato sul sesso nell’accesso al lavoro ed il secondo comma vieta qualsiasi sorta di discriminazione relativa allo stato matrimoniale, di famiglia o di gravidanza. L’art. 54 del D.Lgs n. 151/2001 impone il divieto di licenziamento della lavoratrice madre dall’inizio del periodo di gravidanza fino al termine del periodo di interdizione del lavoro, nonchè fino al compimento di un anno di età

del bambino, elencando però una serie di eccezioni, come la colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, la cessione dell'attività di azienda cui essa è addetta, l'ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta, la risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine, l'esito negativo della prova.

Infine rientrano nelle ipotesi di nullità i licenziamenti imposti a seguito del godimento dei congedi, parentali o per malattia, previsti dalla legge, quelli intimati durante il periodo di infortunio o di lavoratori eletti a incarichi pubblici, che hanno il diritto alla conservazione del posto di lavoro.

In presenza di una discriminazione, il lavoratore o la lavoratrice può agire in giudizio sia direttamente che indirettamente ma anche porre in atto in determinati casi un'azione di giudizio collettivo. In caso infatti di comportamenti discriminatori collettivi, l'art. 37 del d.lgs. 198/2006, modificato poi dal d.lgs. 5/2010, sancisce la possibilità per i consiglieri di parità regionali o nazionali, nei casi più rilevanti, di richiedere all'autore dell'atto discriminatorio la rimozione delle discriminazioni effettivamente accertate entro centoventi giorni. Se il piano predisposto viene dichiarato idoneo, il tentativo di conciliazione viene promosso ed il verbale, in copia autenticata, diventa esecutivo con decreto del tribunale in funzione di giudice del lavoro. Un'altra possibilità concessa è il ricorso, anche in via d'urgenza, al TAR competente o al tribunale in funzione di giudice del lavoro quando la conciliazione non sia ritenuta l'opzione più valida e percorribile o quando essa abbia avuto esito negativo. In caso di accertamento delle responsabilità, il giudice dispone un risarcimento del danno ed ordina la definizione di un piano di rimozione delle discriminazioni fissandone i criteri, anche temporali, da osservare. L'impresa ha dal canto suo facoltà di controricorso entro quindici giorni dalla

comunicazioni alle parti coinvolte, sempre davanti alla stessa autorità giudiziaria. Se la sentenza non viene applicata, sopraggiunge l'ammenda fino a 50mila euro oppure l'arresto fino a sei mesi.

Per quanto invece riguarda l'azione di tipo individuale, è un'azione speciale in situazioni in cui il datore di lavoro abbia posto in atto discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale oppure nelle condizioni lavorative. Può essere proposta sia dal lavoratore che dal suo sindacato. Processualmente parlando, l'art. 40 del d.lgs. 198/2008 prevede la cd. inversione dell'onere di prova. Qualora infatti il ricorrente dovesse dimostrare con elementi di fatto l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, è compito allora del convenuto prova al contrario l'insussistenza della discriminazione.

2.10 La “Riforma Fornero” e le modifiche dell’art. 18. La tutela del lavoratore licenziato in maniera illegittima

Nel 2012 il legislatore è intervenuto sull'assetto delineato dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori determinando il superamento di una prima eterogenea fase dell'evoluzione del regime delle tutele contro il licenziamento illegittimo.

Ad onor del vero, dell'equilibrio portato dalla norma statutaria si era iniziato, da più parti, a dubitare da tempo¹³⁴. In particolare si era sostenuto che “l'eccessiva rigidità del mercato del lavoro italiano” (di cui la tutela in materia di licenziamenti sarebbe la massima espressione) avrebbe scoraggiato gli investimenti esteri nel nostro

¹³⁴ R. Scognamiglio, *Commento alla legge 28 Giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, pag. 784.

paese che è agli ultimi posti nelle graduatorie internazionali per la capacità di attrarre investimenti stranieri. Come anticipato nel capitolo precedente, nel contesto di una grave crisi finanziaria, al fine di realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, si è dunque ritenuto di dovere perseguire una più marcata flessibilità in uscita, “adeguando”, come affermato esplicitamente nella stessa legge Fornero, la disciplina del licenziamento “alle esigenze del mutato contesto di riferimento”¹³⁵.

Tale flessibilità in uscita avrebbe contribuito, nelle intenzioni del legislatore, a rendere il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminate quello utilizzato comunemente nel rapporto di lavoro.

L’adeguamento perseguito si è tradotto in una revisione del regime sanzionatorio di cui l’art 18 dello Statuto dei Lavoratori, nell’ambito del quale la reintegra non rappresenta più rimedio della generale applicazione, bensì, una possibile forma di tutela in concorso con quella di natura economica: il sistema sanzionatorio statutario è stato graduato in una norma che garantisce una tutela diversa a seconda della tipologia di vizio che determina l’illegittimità del licenziamento, differentemente sanzionato in ragione del giudizio di gravità operato, a priori, dal legislatore.

A grandi linee, è possibile affermare che la stabilità del rapporto di lavoro è assicurata soltanto a fronte dei vizi ritenuti più gravi, mentre nei casi di violazioni meno rilevanti la tutela offerta è meramente economica. Inoltre, la differenziazione delle tutele è costruita, oltre che sull’alternativa tra reintegrazione e tutela meramente risarcitoria, mediante l’attribuzione di una indennità economica più o meno consistente a seconda della maggiore o minore intensità del vizio che

¹³⁵ Art, 1 comma, lettera c , legge n. 92/2012.

ha determinato l'illegittimità del licenziamento.

Anche la rubrica dell'art. 18. rappresenta un chiaro indice rilevatore del cambio di impostazione impresso dalla riforma del 2012 che, alla specifica espressione "Reintegrazione nel posto di lavoro" ha sostituito quella generica e riepilogativa di "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo".

In seguito alla Riforma Fornero, il regime sanzionatorio dell'art. 18 della legge n. 300/1970 è articolato su quattro livelli e cioè:

a) una tutela reintegratoria piena per le ipotesi di licenziamento nullo che prevede il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno senza determinazione *ex lege* di limiti massimi; fermo restando il diritto al risarcimento del danno, il prestatore di lavoro può optare per il pagamento di un'indennità in sostituzione della reintegra pari a 15 mensilità di retribuzione. Così come in passato inoltre è il datore di lavoro che deve invitare il lavoratore illegittimamente estromesso a riprendere il servizio entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza; dall'invito del datore di lavoro, se anteriore a tale comunicazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro il termine massimo di trenta giorni.

Per quel che riguarda i criteri di calcolo del risarcimento, il legislatore del 2012 ha precisato che dal relativo importo deve essere dedotto quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (il c.d. *aliunde perceptum*).

b) una tutela reale limitata (o attenuata) per i casi di licenziamento ingiustificato più gravi, che prevede il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno fino ad un massimo di 12 mensilità.

La previsione del tetto massimo al risarcimento del danno nella misura di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ha dato adito a una querelle interpretativa in ordine alla reale portata della disposizione limitativa: secondo alcuni, in ossequio a un criterio ermeneutico letterale, tale tetto al risarcimento opererebbe anche per il periodo successivo all'ordine di reintegra¹³⁶, fintanto che quest'ultima non divenga effettiva; secondo altri, invece, sul presupposto che la reintegrazione nel posto di lavoro non richieda la cooperazione del datore di lavoro, differenziandosi in ciò dall'effettiva riammissione in servizio, il limite delle 12 mensilità andrebbe riferito unicamente al periodo antecedente il provvedimento giudiziale¹³⁷.

Tale tutela è prevista, altresì, per i casi specifici di difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, di mancato superamento del periodo di comporta ex art. 2110, comma 2, c.c., nonché dei casi di “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

c) una tutela risarcitoria forte per le altre ipotesi, ossia i casi di licenziamento ingiustificato meno gravi; le “altre ipotesi”, come espressamente chiarito dalla norma, sono quelle in cui l'autorità giudiziaria accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, oggettivo o soggettivo, ovvero della giusta causa; la nozione, secondo la giurisprudenza di merito, comprenderebbero i casi di mancato adempimento dell'obbligo di *repechage*¹³⁸ o i casi in cui il datore, pur avendo dimostrato la propria situazione di crisi aziendale,

¹³⁶ M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge* Fornero, M. Barbieri – D. Dalfino (a cura di), Cacucci S.a.s. 2013, pag. 22.

¹³⁷ A. Vallebona, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, F. PLuiso – R. Tiscini- A. Vallebona (a cura di), Torino, Giappichelli 2013, pag. 19.

¹³⁸ Trib. Milano 5 Settembre 2016.

non offra la prova dell'effettiva soppressione del posto di lavoro del dipendente licenziato,¹³⁹ che prevede il diritto del lavoratore al risarcimento del danno in misura compresa tra 12 e 24 mensilità. Parte della dottrina ha messo in luce che, nonostante la precisazione del testo normativo, la natura dell'indennità non sia tanto risarcitoria, bensì piuttosto sanzionatoria, dovendosi prescindere, nella sua quantificazione, dal danno effettivamente patito dal lavoratore. Infatti, tale quantificazione dovrà esser operata dal giudice tenendo conto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, dell'anzianità del lavoratore, del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti.

d) una tutela risarcitoria debole per i casi di licenziamento inefficaci per vizi diversi dall'assenza di forma scritta, che prevede solo il diritto del lavoratore al risarcimento del danno in misura compresa tra 6 e 12 mensilità.

Dal momento che rilevano anche i requisiti dimensionali, la tutela reale piena si applica, a prescindere dai limiti dimensionali del datore di lavoro, mentre le altre tipologie si applicano nel caso di datori di lavoro con limiti occupazionali medio - alti.

Accanto al regime sanzionatorio descritto si pone quello previsto dall'art. 8 della legge n. 604/1966, applicato alle aziende di piccole dimensioni che prevede nei casi di licenziamento ingiustificato la tutela obbligatoria, ossia la riassunzione del lavoratore o in alternativa il risarcimento del danno in misura compresa tra 2,5 e 6 mensilità.

Per quanto concerne invece i lavoratori soggetti al nuovo regime introdotto dal Jobs Act, di cui parleremo in maniera approfondita nel prossimo capitolo, il regime sanzionatorio prevede:

¹³⁹ Trib. Roma 29 Gennaio 2015.

a) una tutela reale piena (o a risarcimento pieno) per le ipotesi di licenziamento discriminatorio o nullo per espressa previsione di legge, ovvero orale, che prevede il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno, senza determinazione ex lege di limiti massimi;

b) una tutela reale limitata (o a risarcimento limitato) per i casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nella fattispecie in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, che prevede il diritto dello stesso alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno la cui misura, relativamente al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione, non può superare le 12 mensilità;

c) una tutela risarcitoria forte per i residui casi di licenziamento ingiustificato che prevede il diritto del lavoratore al pagamento di un'indennità di importo pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio, in misura compresa tra 4 e 24 mensilità;

d) una tutela risarcitoria debole nei casi di comunicazione del licenziamento senza l'indicazione della motivazione o di licenziamento disciplinare in violazione della prescritta procedura che prevede il diritto del lavoratore al pagamento di un'indennità di importo pari a una mensilità per ogni anno di servizio in misura compresa tra 2 e 12 mensilità.

Per i licenziamenti intimati da datori di lavoro fino a 15 dipendenti, la nuova normativa, all'art. 9, comma 1, del D.Lgs. 23/2015 prevede espressamente l'esclusione della tutela reale limitata ed il dimezzamento dell'importo delle indennità risarcitorie previste nei casi di applicazione della tutela risarcitoria forte e debole, che in ogni caso non può superare il limite di 6 mensilità.

Il regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi

disciplinato dal D.Lgs 23/2015 si applica ai lavoratori assunti con “Contratto a tutele crescenti” a decorrere dal 7 Marzo 2015, ai lavoratori assunti prima del 7 Marzo 2015, nell’ipotesi in cui il datore di lavoro assumendo lavoratori successivamente a tale data abbia superato in generale i 15 addetti ossia abbia raggiunto il requisito occupazionale previsto dall’art. 18, comma 8, della legge n. 300/1970, e nei casi di conversione, successiva al 7 Marzo 2015, di contratti a tempo determinato ovvero di contratti di apprendistato in contratti a tempo indeterminato.

2.11 Impugnazione del licenziamento

Il licenziamento deve essere impugnato dal lavoratore, ai sensi dell’art. 6, comma 1, della legge n. 604/1966, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, entro il termine di 60 giorni dalla sua comunicazione, da effettuarsi in forma scritta, a pena di decadenza. La norma mira ad evitare che il lavoratore possa mettere in dubbio la legittimità del licenziamento anche a distanza di anni causando pesanti conseguenze economiche per l’impresa. Basti pensare che fino al 2010, considerata la notevole durata dei termini di prescrizione (5 anni per il licenziamento ingiustificato ed annullabile, 10 anni in caso di tutela obbligatoria, azione addirittura imprescrittibile nei casi di licenziamento nullo o inefficace) il lavoratore poteva aspettare parecchio tempo per introdurre il giudizio, potendo eludere il termine di decadenza con l’invio di una normale lettera.

Una sentenza della Corte di Cassazione per quanto riguarda la decorrenza dei termini per l’impugnazione ha stabilito che “il licenziamento, quale negozio unilaterale recettizio, si perfeziona nel momento in cui la manifestazione di volontà del datore di lavoro giunge a conoscenza del lavoratore, sicchè la decorrenza del termine

di decadenza, per l'impugnazione del recesso, opera dalla comunicazione del licenziamento e non al momento, eventualmente successivo, di cessazione dell'efficacia del rapporto di lavoro”¹⁴⁰.

Il dies a quo della decorrenza del termine di 60 giorni di cui all'art 6, comma 1, legge n 604/1966 coincide con il momento in cui la comunicazione scritta di recesso datoriale giunge nella sfera giuridica del lavoratore e da questi deve ritenersi, per legge, riconosciuta. Al pari dell'atto impugnativo, anche il licenziamento è un atto unilaterale recettizio, rispetto al quale trovano applicazione gli art. 1334 e 1335 c.c, con la conseguenza che il licenziamento si reputa noto dal prestatore di lavoro nel momento in cui giunge al suo indirizzo, ferma restando la possibilità per quest'ultimo di provare di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne conoscenza e, dunque, di impugnarlo a norma di legge.

La mancata impugnazione del termine di 60 giorni preclude al lavoratore di agire in giudizio per ottenere la tutela prevista dalla legge.

In relazione al termine di decadenza dalla relativa azione si sono sviluppati due diversi orientamenti giurisprudenziali, infatti mentre la Cassazione nella sentenza 10 marzo 2010 n 5804, ha previsto la possibilità per il lavoratore decaduto dal relativo termine di proporre un'azione civile in base ai principi stabiliti dal nostro ordinamento, nella sentenza 3 marzo 2010 n 5107 si ritiene invece che il decorrere del termine di decadenza precluda al lavoratore la possibilità di impugnare il licenziamento.¹⁴¹

Per quanto riguarda i soggetti legittimati ad impugnare, il licenziamento può essere impugnato, oltre che dal lavoratore, dall'organizzazione sindacale cui lo stesso aderisce ed in tal caso, in

¹⁴⁰ Cass 24 marzo 2014 n 6845

¹⁴¹ Cass 10 marzo 2010 n 5804

virtù del potere di rappresentanza e di tutela degli interessi del lavoratore previsto dalla legge (art 6 della legge 604/1966), non occorre il conferimento di apposita procura scritta¹⁴²; si presume infatti che l'associazione sindacale, conoscendo la situazione aziendale, sia in grado di valutare al meglio gli interessi dei lavoratori impedendo che si verifichi il termine decadenziale e si possa poi valutare con l'interessato l'opportunità di proseguire l'impugnazione in sede giudiziaria.

Il licenziamento può essere altresì impugnato da un rappresentante del lavoratore (un soggetto terzo o un legale) investito del relativo potere conferito in forza di una procura rilasciata preventivamente ed in forma scritta, e tempestivamente (entro 60 giorni) portata a conoscenza del datore di lavoro. Nel caso in cui l'impugnazione sia effettuata da parte di un soggetto privo di procura, la ratifica deve essere effettuata dal lavoratore con atto scritto , da portare a conoscenza del lavoratore entro il termine stabilito.

Infatti il tribunale di Milano ha stabilito che “ove l'impugnativa del licenziamento sia fatta con atto stragiudiziale proveniente da un rappresentante del dipendente licenziato è necessaria specifica procura scritta, avente data certa anteriore alla scadenza del termine di decadenza, non essendo idonea all'accertamento della data una prova testimoniale, stante il preciso disposto dell'art 2704 c.c”

Nei successivi 180 giorni, a pena d'inefficacia dell'impugnazione, deve avvenire il deposito del ricorso presso la cancelleria del Tribunale, in funzione di Giudice del Lavoro, nel caso in cui non vi sia alcun tentativo di conciliazione o di arbitrato (che sono del tutto facoltativi dopo le modifiche apportate dalla legge n. 183/2010), in quanto l'art 410 c.p.c comma 2 stabilisce che la richiesta del tentativo

¹⁴² D.Irollo-G.Irollo, Compendio di diritto del lavoro, *op.cit*, pag 226.

di conciliazione sospende il decorso del termine , per la durata del tentativo stesso e per venti giorni successivi alla sua conclusione.

La giurisprudenza ritiene che la data da considerarsi per la sospensione è quella relativa alla richiesta di conciliazione effettuata presso l'Ufficio provinciale del lavoro, mentre non rivela quella effettuata al datore di lavoro.¹⁴³

Se il tentativo di conciliazione o di arbitrato viene esperito e viene rifiutato, o non viene raggiunto l'accordo, entro 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo deve essere depositato, a pena di decadenza, il ricorso giurisdizionale.

L'obbligo di impugnazione come sopra descritto si applica a tutti i casi d'invalidità di licenziamento, così come stabilito dall'art 32 della legge 183/2010, ed in particolare:

- nullità per mancanza di requisiti essenziali;
- annullità per mancanza di giusta causa;
- annullabilità per mancanza di giustificato motivo oggettivo;
- annullabilità per violazione della procedura disciplinare.

Con la più volte citata legge n. 92/2012 è stato introdotto un rito speciale, ulteriore e derogatorio (denominato dal nome della legge Rito Fornero), rispetto al, già speciale, rito del lavoro. Tale procedimento, ha ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 L. 300/1970, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro. È caratterizzato da una particolare snellezza e celerità, grazie all'eliminazione delle formalità non essenziali all'instaurazione di un pieno contraddittorio e la fissazione di termini molto ristretti per lo svolgimento delle diverse fasi del giudizio.

¹⁴³ Corte Cost n 276 del 2000 e n 477 del 2002

Gli art 47-48 della legge confermano la competenza della medesima autorità giudiziaria prevista in generale per tutte le controversie di lavoro.

Il rito in questione si compone di un'iniziale fase sommaria alla quale fa seguito una fase eventuale di opposizione articolata in tre potenziali gradi di giudizio. Nella prima fase, a carattere sommario, dell'impugnazione del licenziamento, il giudice decide sul ricorso "con ordinanza immediatamente esecutiva all'accoglimento o al rigetto della domanda", la quale deve contenere esclusivamente l'impugnativa del licenziamento, non essendo possibile proporre domande diverse, salvo siano fondate sugli identici fatti costitutivi dell'impugnativa. È prevista successivamente una seconda fase che è solo eventuale, qualora venga proposto ricorso contro l'ordinanza.

Il ricorso va presentato entro 30 giorni dalla notificazione del provvedimento, allo stesso Tribunale.

Lo stesso comma 51 stabilisce che, attraverso tale opposizione, non si possono proporre domande diverse dall'impugnazione del licenziamento (cioè quelle che si erano proposte nella prima fase) o dalla qualificazione del rapporto di lavoro, "salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti".

All'udienza di discussione, il giudice sente le parti e, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti, nonché disposti d'ufficio (art. 421 c.p.c.).

Il giudizio terminerà con una sentenza di accoglimento o di rigetto della domanda, provvisoriamente esecutiva, da depositare in cancelleria entro 10 giorni dall'udienza di discussione completa di motivazione. Successivamente contro la sentenza potrà essere

promosso reclamo in Appello entro 30 giorni dalla comunicazione, e sarà possibile proporre ricorso in Cassazione entro 60 giorni dalla comunicazione della stessa, o dalla notificazione se anteriore.

Il Tribunale di Perugia con ordinanza collegiale 12-1-2013 si è espresso a favore della possibilità di applicare il rito sommario ai rapporti di pubblico impiego contrattualizzato, tutto ciò grazie al comma 67 dell'art 1 della stessa legge Fornero secondo cui "il nuovo rito si applica a tutte le controversie instaurate dopo l'entrata in vigore della legge".

Il Rito Fornero non trova applicazione in relazione alle impugnazioni dei licenziamenti soggetti al sistema delle tutele rimodulate dal Jobs Act del 2015. Come è stato osservato ciò ha fatto del rito in questione un rito ad esaurimento¹⁴⁴ destinato a un progressivo superamento da parte del previgente rito ordinario del lavoro. Una prima conseguenza della riesplorazione del precedente regime è rappresentato dalla riapertura alla tutela cautelare.

¹⁴⁴ P.Lai, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, in *Riv. Dir.proc.* 2016, pag.157.

Capitolo III

Il Jobs Act

3.1 La terminologia e gli obiettivi della riforma

Con la terminologia “Jobs act” si intende la riforma del diritto del lavoro promossa ed ideata dal Governo Renzi attraverso vari provvedimenti legislativi varati tra il 2014 e il 2015. Il termine deriva dall'acronimo "Jumpstart Our Business Startups Act"¹⁴⁵, riferito a una legge statunitense, promulgata nel 2012 durante la presidenza Obama, volta a favorire le piccole imprese mediante l'erogazione di fondi e l'eliminazione e la semplificazione di vari obblighi normativi¹⁴⁶.

Il Governo, nel breve volgere di 6 mesi, ha varato i primi quattro Decreti delegati attuativi della Legge Delega n. 183 del 10 Dicembre 2014. Nel dettaglio si tratta:

- 1) del Decreto n. 22 del 4 marzo 2015 sul “Riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati”;
- 2) del Decreto n. 23 del 4 marzo 2015 sul “Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti”;
- 3) del Decreto n. 80 del 15 giugno 2015 sulle “Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”;
- 4) del Decreto n. 81 del 15 giugno 2015 sulla “Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni”.

¹⁴⁵ E' stato osservato, al riguardo, che la formula lessicale, di notevole impatto mediatico, evoca pagine di alto riformismo americano.

¹⁴⁶ R. Staiano, *Jobs Act. Tutte le novità dei decreti attuativi*, Fisco e Tasse 2015.

Il quadro normativo è stato poi sollecitamente completato con gli ulteriori Decreti legislativi emanati il 14 settembre 2015 e precisamente:

- 5) il D.Lgs n. 148: “Riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro”;
- 6) il D.Lgs n. 149: “Razionalizzazione e semplificazione dell'attività ispettiva in materia di lavoro e legislazione sociale”;
- 7) il D.Lgs n. 150: “Riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive”;
- 8) il D.Lgs n. 151: “Razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità”.

Si tratta senza dubbio di un processo normativo di ampio respiro che riscrive taluni assi portanti del diritto del lavoro italiano e, al tempo stesso, sfida le storiche politiche del lavoro ispirate al verbo garantistico sublimato a partire dallo Statuto dei lavoratori del 1970.

In realtà il corposo provvedimento in esame va a completare un delicato e innovativo processo di trasformazioni strutturali iniziato con una serie di provvedimenti, quali la liberalizzazione spinta del contratto a termine e della somministrazione del lavoro realizzata dalla legge n. 78 del 2014, la possibilità di ricondurre in busta paga i futuri accantonamenti del trattamento di fine rapporto (art. 1, comma 26, legge n. 190/2014) e la decontribuzione triennale per i contratti a tempo indeterminato stipulati nel 2015 (prevista dall'art. 12 della stessa legge).

Di flessibilità e di riforme dell'art. 18, come anticipato precedentemente, si era iniziato a discutere, nel nostro paese, già da più di un decennio. Mentre i modelli organizzativi del sistema produttivo evolvevano velocemente e la legislazione di alcuni Paesi

(ad esempio la Germania sulla spinta del cosiddetto rapporto Hartz¹⁴⁷), sin dai primi anni del secolo, inseriva nella disciplina del contratto di lavoro significative dosi di flessibilità, nel nostro paese, molto spesso, resistenze parlamentari, sindacali e giudiziarie hanno tenuto in piedi un quadro normativo e prassi sindacali forgiate sui modelli fordisti del secolo scorso e sostanzialmente ignari delle sfide derivanti dalla competizione globale, con la conseguente rinuncia ad elaborare nuove forme di tutela più adeguate alle caratteristiche di discontinuità dell'occupazione e più coerenti con l'accentuato dinamismo dei processi organizzativi.

Negli anni '90 gli interventi del primo governo Prodi furono caratterizzati dalla introduzione di innovativi aspetti di flessibilità, non solo in entrata ma anche nella gestione del rapporto di lavoro, sul part-time in particolare, e da una nuova attenzione alla transizione fra scuola e lavoro, con la promozione di forme di apprendistato e stage. Tuttavia, rispetto alla loro impostazione iniziale, essi furono fortemente limitati per la necessità di contemperarli con le richieste del sindacato, come risulta dal confronto dei primi progetti con il Patto del lavoro del 1996 e con la versione finale della legge n. 196/1997. Le limitazioni furono accentuate ancor di più dalla crisi del governo Prodi, che impedì di varare le ambiziose proposte di riforma degli ammortizzatori sociali elaborate dalla Commissione Onofri¹⁴⁸. Di conseguenza il progetto di aderire alle indicazioni europee della flexicurity fu “amputato” di una parte essenziale, quale quella delle tutele sul mercato del lavoro, così come le ipotesi di rivedere, in linea con le indicazioni comunitarie, i servizi all'impiego e le politiche

¹⁴⁷ Si tratta dell'insieme di proposte della Commissione “Servizi moderni al mercato del lavoro” presentate in Germania nel 2002.

¹⁴⁸ T. Treu, *Le riforme del lavoro: una retrospettiva per analizzare il Jobs Act*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), pag. 6.

attive del lavoro. Queste ultime, in realtà, furono rinviate anche per il mutato quadro costituzionale degli inizi degli anni '2000 che ha conferito alle Regioni competenze di regolazione e di gestione del mercato del lavoro.

Negli interventi della fase successiva, attuati dai governi di centro-destra, gli elementi di continuità convivono con quelli di discontinuità. La continuità della direzione di marcia è percepibile, come illustrato nel c.d. Libro Bianco del 2001, nel complesso di norme che estendono alcune forme di flessibilità sia nel rapporto di lavoro (part-time ed orario di lavoro) sia nella gestione del mercato del lavoro, in particolare con l'allargamento dell'ambito di azione delle agenzie di intermediazione e con la valorizzazione degli enti bilaterali. Gli elementi di discontinuità sono invece ravvisabili nelle norme del 2003, in particolare quelle finalizzate a moltiplicare i tipi contrattuali come strumento per aumentare la flessibilità in entrata.

In conseguenza della gravissima crisi economica che, negli ultimi anni, ha colpito profondamente non solo l'Italia ma tutta Europa il dibattito intorno alle politiche del lavoro ed alle ipotesi di flessibilità si è nuovamente ampliato.

Allo scopo di favorire il rilancio produttivo, nella scia delle raccomandazioni dell'UE, non potendo incidere sulle retribuzioni, che già registrano un livello comparativamente basso in ambito europeo, né sul cosiddetto cuneo fiscale per le ricadute sul deficit pubblico (peraltro già molto elevato!), non restava che agire sulla riduzione dei costi normativi delle imprese, su una risistemazione legislativa delle varie tipologie contrattuali, diverse dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, sulla semplificazione della gestione burocratica dei rapporti di lavoro e su una razionalizzazione del sistema degli ammortizzatori sociali.

L'obiettivo dell'intervento sui costi normativi e sulla liberalizzazione di alcuni poteri del datore di lavoro è stato perseguito mediante la rivisitazione di quelle che le imprese da tempo consideravano delle rigidità eccessive: la disciplina dei licenziamenti, in cui l'opzione reintegratoria, con una certa propensione culturale della giurisprudenza, ha reso nei fatti il rapporto difficilmente risolubile e forse ha rallentato la propensione occupazionale delle imprese; la disciplina dello ius variandi (art. 13 Statuto dei lavoratori), che ha precluso al datore di lavoro margini di manovra organizzativa, inchiodando oltretutto il lavoratore alla originaria professionalità, con rischi di emarginazione dai processi di innovazione organizzativa; la normativa in tema di controllo informatico e a distanza dei lavoratori (art. 4 Statuto dei lavoratori), rimasta intatta dal 1970 e, dunque, ignara della straordinaria evoluzione tecnologica che nel frattempo ha interessato, come tutti gli altri settori della nostra società, anche gli strumenti di lavoro.

La seconda finalità, ossia quella di riordinare il variegato mondo dei rapporti cosiddetta atipici (in quanto diversi dal contratto a tempo indeterminato e a tempo pieno), perseguita con la soppressione di alcune tipologie marginali (lavoro ripartito, associazione in partecipazione con apporto di lavoro) o più esposte al rischio di abusi (lavoro a progetto), è stata oggetto del D. lgs. n. 81/2015, il cui merito principale è, appunto, quello di aver disboscato la moltitudine di normative preesistenti e di aver consolidato la facoltà di più agevole ricorso a talune forme contrattuali, sia pur nel quadro di alcune ribadite garanzie essenziali.

Un ulteriore capitolo del Jobs Act è rappresentato dalle norme destinate a snellire la gestione per così dire amministrativa dei rapporti di lavoro: tra queste, quelle destinate a semplificare l'inserimento al lavoro dei disabili, a razionalizzare l'attività ispettiva, a disciplinare la

formalizzazione delle dimissioni, a riordinare i Servizi per il lavoro e le politiche attive.

Altra innovazione del provvedimento normativo è stata l'istituzione dell'Agenzia nazionale per le politiche del lavoro (Anpal)¹⁴⁹, istituita dal d.lgs. n. 150/2015, che rappresenta l'organo centrale di coordinamento e/o di gestione di tutte le politiche e i servizi per il lavoro; proprio sulla sua introduzione si fondano le aspettative di miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia dei servizi e la reputazione "europea" dell'organizzazione giuridica e istituzionale del mercato del lavoro. L'originario sistema post costituzionale, disciplinato nelle sue funzioni fondamentali dalla legge n. 264/1949¹⁵⁰, era caratterizzato dalla concezione del collocamento come funzione pubblica, realizzata in regime di monopolio pubblico, avente come obiettivo l'equa distribuzione delle occasioni di lavoro, con la regolamentazione della concorrenza tra i lavoratori; da una gestione accentrata e burocratica (statale) del collocamento e dal divieto della mediazione privata, anche se effettuata gratuitamente, assistito da sanzioni penali e dalla natura vincolistica della procedura pubblicistica per l'assunzione di forza lavoro inoccupata o disoccupata. Una prima svolta, sul tema, andò a prodursi in forza del d.lgs. n. 469/1997 che adottò il superamento della concezione del collocamento come funzione pubblica e adozione di quella di servizio pubblico, la fine del monopolio pubblico con l'apertura regolata ai privati con la previsione delle agenzie per il lavoro, autorizzate a svolgere la mediazione fra domanda e offerta di forza lavoro, previo accertamento di specifici requisiti di legge, con vincolo di gratuità nei

¹⁴⁹ R.Santucci, *L'Agenzia nazionale per le politiche del lavoro*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), pag. 474.

¹⁵⁰ G. De Simone, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli 2012, pag. 189 ss.

riguardi dei lavoratori e divieto di indagini e di discriminazioni su opinioni riferite alle condizioni personali del lavoratore.

E' ovvio che una riforma dalle articolazioni così vaste avesse comportato aspri e vivaci dibattiti; intorno alla riforma del mercato del lavoro si raggruppano due tesi contrapposte: la tesi dei critici ¹⁵¹della riforma afferma, in sostanza, che il Jobs Act determina un drastico ridimensionamento dei diritti dei lavoratori facendo cadere la base essenziale delle loro prerogative; a fronte di tali perdite i vantaggi sarebbero pochi e incerti; la perdita principale riguarderebbe la disciplina dei licenziamenti, che prevede il superamento dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, con la conseguenza di accrescere significativamente la possibilità per le imprese di licenziare i propri lavoratori; la tesi dei fautori della riforma sostiene invece che il Jobs Act, ridisegnando in chiave moderna le istituzioni del mercato del lavoro, con l'introduzione del contratto a tutele crescenti e l'ampliamento della platea e delle dimensioni dei sussidi di disoccupazione, avrà il pregio di accrescere significativamente l'occupazione.

3.2 Il contratto a tempo indeterminato e le tutele crescenti

La riforma della disciplina del licenziamento individuale nasce sull'abbrivio della legge n. 92 del 2012 che aveva prodotto una prima riscrittura dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori.

¹⁵¹ G. Rodano, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, Sapienza – Università di Roma, 29 Aprile 2015.

Occorre chiarire preliminarmente che, tecnicamente parlando, non ci troviamo di fronte ad una nuova tipologia contrattuale. Nei dodici articoli del D.lgs. 23/2015 vengono stabiliti i regimi sanzionatori nelle situazioni di licenziamento illegittimo nell'ambito dei contratti ordinari a tempo indeterminati. Non si entra nel merito di nuovi tipi di rapporti lavorativi e men che meno quindi dei suoi eventuali profili gestionali. Si tratta piuttosto di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato diverso rispetto a quello tradizionale, con nuovi rimedi in caso di licenziamento illegittimo, una nuova procedura di conciliazione volontaria e regole procedurali e processuali semplificate per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015. Esso beneficia, almeno temporaneamente, di un particolare ed importante incentivo economico poiché è stato istituzionalizzato nel periodo in cui, ai sensi della legge n. 190 del 2014 (cosiddetta “Legge di stabilità 2015”), per i nuovi contratti di lavoro a tempo indeterminato è stato concesso l'esonero per trentasei mesi dal versamento dei complessivi contributi previdenziali, ad eccezione dei premi e contributi dovuti all'Inail. L'art. 1, comma 122, della legge n. 190/2014 ha finanziato quest'incentivo per un totale di tre miliardi di euro per il triennio 2015-2017 e per ulteriori cinquecento milioni per il 2018.

Si è osservato¹⁵² che la terminologia “contratto a tutele crescenti”, sembra indicare un incremento delle tutele rispetto al passato ma, in realtà, di crescente ha soltanto la misura della indennità dovuta per il licenziamento illegittimo che si incrementa progressivamente con l'aumento dell'anzianità di lavoro.

Il decreto in esame disegna con maggiore chiarezza, rispetto alla legge n. 92/2012, la linea di confine tra sanzione reintegratoria e rimedio indennitario con un ulteriore spostamento a favore della seconda che

¹⁵² AA.VV., Le novità del Jobs Act, Toffoletto – De Luca Tamajo (a cura di), in *Ius Laboris Italy*.

diviene sostanzialmente la conseguenza naturale dei licenziamenti illegittimi irrogati per giustificato motivo oggettivo, per causale disciplinare (salvo che il fatto contestato sia inventato di sana pianta dal datore di lavoro), per carenze procedurali nonché per vizi nella procedura e nella scelta dei lavoratori in occasione dei licenziamenti collettivi.

La reintegrazione invece opera esclusivamente:

- a) per i licenziamenti discriminatori “ovvero riconducibili agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge” (art. 2, comma 1);
- b) per i licenziamenti intimati in forma orale (art. 2, comma 1);
- c) per i licenziamenti disciplinari quando “il fatto materiale posto a base del licenziamento sia del tutto insussistente, cioè sia stato di sana pianta inventato dal datore di lavoro” (art. 3, comma 2);
- d) per i licenziamenti irrogati per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, rivelatasi poi insussistente (art. 3, comma 3).

In definitiva con il nuovo regime, alla luce del superamento della equazione accreditata dall’originario art. 18 (licenziamento illegittimo = reintegrazione) anche un lieve inadempimento o una modifica organizzativa inconsistente producono una reazione meramente economica a carico del datore di lavoro, ma non impediscono l'estinzione del rapporto di lavoro, creando un solco concettuale tra il piano dell’invalidità dell’atto unilaterale del recesso e quello della tipologia sanzionatoria.

Tuttavia la maggior parte della dottrina giuslavoristica¹⁵³ sostiene che l’attenuazione della stabilità del rapporto dovrebbe essere parzialmente compensate dalla previsione di strumenti di politica attiva, volti a consentire ai lavoratori licenziati il reperimento di nuove ed ulteriori occasioni di lavoro nel mercato.

¹⁵³ AA.VV, *Le novità del Jobs Act*, Toffoletto – De Luca Tamajo (a cura di), cit.

La seconda questione portante è che il decreto, con la decontribuzione triennale prevista dalla Legge di Stabilità per il 2015 e con la deducibilità del costo del lavoro ai fini Irap, si propone di restituire al contratto a tempo indeterminato un ruolo primario tra le tipologie contrattuali aventi ad oggetto prestazioni di lavoro, invertendo il trend degli ultimi anni che vedeva un ricorso preponderante al contratto a termine; inversione già verificata, dal momento che alla nuova flessibilità in uscita si accompagna, per i primi tre anni, un rilevante minor costo del contratto a tempo indeterminato rispetto al contratto a termine di circa il 36% (33% per contributi previdenziali + 1,4% addizionale prevista per i contratti a termine + deducibilità Irap).

Il nuovo meccanismo sanzionatorio persegue inoltre l'obiettivo di consentire al datore di lavoro una preventiva certezza dei costi del licenziamento illegittimo: l'indennizzo è, infatti, commisurato a due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità, con un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità.

Ciò comporta sostanzialmente una riduzione della discrezionalità del giudice del lavoro nella quantificazione dell'indennizzo, dal momento che questi non può più spaziare tra un minimo e un massimo, come previsto dalla legge n. 92/2012, ma resta vincolato al rispetto della variabile rappresentata dall'anzianità di servizio.

Gli altri due obiettivi che si propone il decreto legislativo sono quello di incentivazione normativa, e cioè promuovere l'accesso a soluzioni conciliative, agevolate dalla previsione di un indennizzo più ridotto e da un regime fiscale vantaggioso; incoraggiare la crescita delle imprese di minori dimensioni, mediante il riconoscimento, a quelle che superano la soglia dei 15 dipendenti, della nuova e più flessibile disciplina del licenziamento, in luogo della stabilità prevista dall'art. 18.

Il principale argomento utilizzato per accreditare la riforma della disciplina del licenziamento si basa sul presupposto che una maggiore flessibilità in uscita costituirebbe incentivo a maggiori assunzioni, anche se, in concreto, considerata la grave crisi economica che negli ultimi anni ha attanagliato (e continua ad attanagliare) il nostro paese non vi è prova che l'equazione regga e, anzi, è pacifico che l'incremento occupazionale consegua a variabili economiche e strutturali ben più complesse ed articolate, solo in presenza delle quali la flessibilità in uscita può incidere sulle propensioni occupazionali.

Inoltre l'adozione della formula “contratto a tutele crescenti” da parte della Legge Delega n. 183/2014 potrebbe far pensare all'introduzione di un'inedita e facoltativa tipologia contrattuale posta a disposizione delle nuove assunzioni; in realtà, come già sopraccennato, non vi è alcuna facoltà di scelta tra tipi contrattuali diversi per i nuovi assunti: la riforma delinea soltanto il nuovo regime del licenziamento che trova applicazione a tutti *“i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore”* del decreto. Ne sono esclusi, quindi, i dirigenti per i quali, a prescindere dalla data di assunzione e dalla dimensione dell'impresa di appartenenza, operano le garanzie indennitarie previste dai contratti collettivi di lavoro. Un'altra categoria esclusa è quella degli apprendisti ma questa merita un focus specifico. L'apprendista non ha la qualifica di operaio, impiegato o quadro ma deve ottenere la qualifica attraverso il periodo formativo dell'apprendistato. Questo è ciò che si desuma dall'analisi del D.lgs. n. 167/2011, il già citato Testo unico dell'apprendistato. Da un certo punto di vista l'apprendistato è già un contratto in cui la tutela cresce di fase in fase, dall'iniziale fase formativa, caratterizzata dal diritto di recesso motivato per entrambe le parti e che ha come obiettivo finale

l'acquisizione di una qualifica professionale, e dalla successiva fase a regime ordinario che subentra in caso di mancata attivazione, da parte di entrambe le parti, della libertà di recesso a loro concessa dal legislatore alla fine del periodo di addestramento. Tirando le somme possiamo ritenere che l'apprendistato sia un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a fasi successive con specifici e progressivi regimi di tutela, però non conciliabili con quelli del nuovo contratto a tutele crescenti di cui al D.lgs. n. 23/2015. Ulteriore dimostrazione deriva dalla possibilità concessa al datore di lavoro di riconoscere all'apprendista un minor trattamento retributivo, rispetto a quello del lavoratore qualificato, per via di un regime retributivo a percentuale o per sottoinquadramento rispetto alla qualifica di destinazione. Potremo trovarci di fronte ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti solo nei casi di conversione, successiva al 7 marzo 2015, dell'apprendistato in contratto a tempo indeterminato, dando luogo al già citato esonero contributivo per il datore di lavoro.

La volontà di non intaccare lo statuto normativo dei lavoratori occupati ha indotto il legislatore a riservare la nuova disciplina soltanto a coloro assunti a tempo indeterminato dopo l'entrata in vigore del Decreto, cioè a partire dal 7 marzo 2015. Per i lavoratori già occupati a tale data continuerà ad applicarsi il regime della legge n. 92/2012, che quindi non viene abrogata, ma soltanto delimitata del relativo campo di applicazione.

A voler segnalare sinteticamente i tratti differenziali del nuovo regime rispetto a quella della legge 92/2012, va rilevato che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e il licenziamento collettivo, pur in presenza di illegittimità, sono assistiti da una sanzione sempre e solo indennitaria, salva l'ipotesi di irrogazione in forma orale o di recesso che cela una finalità discriminatoria, laddove la legge Fornero

mantiene la possibilità di una sanzione reintegratoria per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo se il fatto che lo motiva sia manifestamente insussistente; la misura dell'indennizzo sia per il licenziamento disciplinare che per quello economico varia da 4 a 24 mensilità con una crescita rigorosamente agganciata alla durata del rapporto mentre la legge 92/2012 contempla tuttora un risarcimento da 12 a 24 mensilità con ampio potere determinativo del giudice entro parametri legati all'anzianità del lavoratore, al numero dei dipendenti, alle dimensioni dell'azienda, al comportamento e alle condizioni delle parti, nonché alle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di un nuovo impiego.

Per i nuovi assunti inoltre viene abolito, il cosiddetto “rito Fornero” e il necessario passaggio per la conciliazione innanzi alla Direzione Territoriale del Lavoro previsto per le ipotesi di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. Nella relazione che accompagna il decreto legislativo viene spiegato che l'eliminazione del “rito Fornero” in relazione ai nuovi contratti di lavoro a tutele crescenti è dovuta al fatto che l'apparato sanzionatorio rinnovato è svincolato dal precedente regime di tutela previsto dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori che costituiva la normativa di riferimento sulla quale era stato modellato il rito abbreviato per le controversie in materia di impugnazione dei licenziamenti. Questa tipologia di rito abbreviato era stato introdotto per velocizzare la conclusione delle controversie in riferimento ai licenziamenti regolati dall'articolo 18, tutelando le imprese dai possibili danni economici e dai disagi organizzativi prodotti dall'eccessiva durata del processo del lavoro ordinario. Il “rito Fornero” sin dall'inizio ha creato però grandi disagi sia per gli avvocati che per i magistrati perchè si erano presto evidenziate letture di segno opposto rispetto ad una serie di questioni procedurali. Tutto ciò aveva portato paradossalmente ad appesantire il ruolo dei

magistrati impegnati sul fronte delle cause di lavoro. Si era arrivati al punto che in molti Tribunali li si è ritenuto doveroso emettere dei veri e propri “prontuari” con le linee guida sull'applicazione del nuovo processo.

Il decreto inoltre, all’art. 1, secondo comma, prevede l’ipotesi, in cui la nuova disciplina trova applicazione anche a lavoratori già occupati all'atto della sua entrata in vigore, secondo cui il datore di lavoro che, con nuove assunzioni, oltrepassi la soglia dei 15 dipendenti sarà tenuto ad applicare la nuova e più flessibile disciplina.

Una disputa si è incentrata sull’estensibilità delle nuove disposizioni anche al pubblico impiego privatizzato; tale dibattuta argomentazione si fonda su vari ragionamenti e cioè che l'ampia dizione dell' art. 1 consentirebbe l'immediata operatività del decreto anche in tale settore, che il Consiglio dei Ministri, in sede di emanazione della bozza di decreto delegato, ha eliminato la previsione di espressa esclusione dei pubblici dipendenti dal campo di applicazione del contratto a tutele crescenti, che il Testo Unico dell'impiego pubblico assoggetta quest’ultimo alle stesse regole che si applicano nel settore privato, fatte salve le sole materie delle assunzioni e delle promozioni, cui si applica il principio costituzionale, sotteso dall’art. 97 Costituzione, del concorso.

Riportiamo una tabella riassuntiva con le sanzioni contro il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti divise per gruppi in base alla natura della tutela offerta: reale, parziale, obbligatori, obbligatoria attenuata ed obbligatoria ulteriormente attenuata. Nei successivi paragrafi analizzeremo nel dettaglio le sole ipotesi di licenziamento illegittimo nelle quali il nuovo decreto mantiene la sanzione della reintegrazione.

LE SANZIONI CONTRO IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO NEL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

GRUPPO 1	GRUPPO 2	GRUPPO 3	GRUPPO 4	Piccole imprese
tutela reale totale	tutela reale parziale	tutela obbligatoria	tutela obbligatoria attenuata	tutela obbligatoria ulteriormente attenuata
senza requisiti dimensionali art. 18	con requisiti dimensionali art. 18	con requisiti dimensionali art. 18	con requisiti dimensionali art. 18	senza requisiti dimensionali art. 18
a) licenziamenti (individuali o collettivi) discriminatori, nulli o orali b) licenziamenti per inidoneità psico-fisica c) lic. per superamento del periodo di comporto	licenziamenti per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo (per i quali sia stata direttamente provata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore) Purchè: - si tratti di inadempimento sanzionato con il licenziamento nel cod. disc.	a) altri casi di lic. individuale illegittimo nel merito, per g.c. e g.m.s. (compresi quelli per i quali il fatto contestato sia stato accertato ma la sanzione espulsiva sia stata ritenuta eccessiva dal Giudice) b) lic. per g.m.o. c) lic. collettivi con violazione delle procedure o dei criteri di scelta dei licenziandi	Lic. per g.c., g.m.o. o g.m.s. - carenti di motivazione - viziati per altri motivi formali o procedurali	Lic. illegittimi per ragione formali o sostanziali nelle aziende senza requisito occupazionale ex. art. 18. L. 300/70 (salvo il caso di lic. orale)
1) reintegrazione 2) pagamento al lavoratore di una indennità risarcitoria pari a tutte le retribuzioni dal licenziamento alla reintegrazione 3) versamento integrale agli enti previdenziali dei contributi dovuti per tutto il periodo intercorso fra il licenziamento e la reintegrazione (o la richiesta di indennità sostitutiva) + sanzioni	1) reintegrazione, 2) pagamento al lavoratore di una indennità risarcitoria da 0 a 12 mensilità retributive (retrib. TFR) 3) versamento integrale agli enti previdenziali dei contributi dovuti per tutto il periodo intercorso fra il licenziamento e la reintegrazione (o la richiesta di indennità sostitutiva) senza sanzioni.	indennità risarcitoria crescente, 2 mensilità per ogni anno di servizio (retrib. TFR) Tetto massimo: 24 Tetto minimo: 4 Non assoggettata a contribuzione previdenziale	indennità risarcitoria crescente, 2 mens. per ogni anno di servizio (r. TFR) Tetto massimo: 12 Tetto minimo: 2 Non assoggettata a contribuzione previdenziale,	indennità risarcitoria crescente, di importo pari alla metà di quelle previste per i gruppi 3 e 4 Tetto max: 6 mensilità Non assoggettata a contribuzione previdenziale,

3.3 Licenziamento discriminatorio

Com'è stato esposto in precedenza, il licenziamento discriminatorio è quello posto in essere dal datore di lavoro in base a una delle ipotesi di discriminazione previste dalla legge non esistendo nel nostro ordinamento un generale principio di non discriminazione. Le ragioni di discriminazione non rappresentano una categoria aperta e quindi la discriminazione deve essere sempre ricollegata ad una delle ipotesi previste dalla normativa:

- credo politico;
- fede religiosa;

- appartenenza o no ad un sindacato;
- partecipazione ad attività sindacali o ad uno sciopero;
- questioni razziali, di lingua o di sesso, di handicap, di età, di orientamento sessuale o di convinzioni personali.

A queste ipotesi di discriminazione la giurisprudenza ha equiparato una fattispecie particolare e cioè quella del licenziamento viziato da *“motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile”*¹⁵⁴. Questa tendenza espressa a livello giurisprudenziale, ha individuato quindi un progressivo ampliamento delle ragioni discriminatorie già previste dalla legge includendo qualunque ragione che sia collegata alla dimensione personale del lavoratore, protetta dall'art. 2 della Costituzione, che non abbia attinenza con la prestazione lavorativa¹⁵⁵. L'idea alla base di questa nuova ipotesi è che si configuri la discriminazione dove ci sia la volontà di escludere dalla compagine sociale una persona solo per una sua caratteristica personale che lo contraddistingua, per un mero pregiudizio di non identità ed omologazione che guarda alla condizione psicofisica ovvero alla personalità del lavoratore. Seguendo questo ragionamento si potrebbe ipotizzare che le ipotesi di licenziamento ritorsivo continuino a beneficiare della stessa tutela prevista per le ipotesi di licenziamento discriminatorio ma soprattutto che a livello giurisprudenziali potranno in futuro trovare posto ulteriori ipotesi di discriminazione, indipendentemente che esse siano riconducibili a quelle previste dalla legge ed alle ipotesi di licenziamento di natura vendicativa. Occorrerà appurare se i giudici continueranno ad assimilare il licenziamento discriminatorio a quello viziato da motivo

¹⁵⁴ Corte di Cassazione, 17 gennaio 2013, n. 1136.

¹⁵⁵ Carinci M.T., “Il licenziamento discriminatorio o «per motivo illecito determinante» alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale”, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, 4, p. 650.

illecito sostenendo che “è nullo anche il licenziamento determinato in via esclusiva da un (altro) motivo illecito”¹⁵⁶.

Per quanto concerne il regime sanzionatorio, la lettura della disciplina dell’art. 2 del D.lgs. n. 23/2015 per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 fa comprendere come sostanzialmente non vi siano grandi differenze rispetto alla tutela prevista dal precedente regime.

Infatti la legge 92/2012 prevedeva la cosiddetta “tutela reale piena”, caratterizzata da:

- reintegra o indennità sostitutiva pari a 15 mensilità;
- pagamento dell’indennità risarcitoria non inferiore a 5 mensilità (con riferimento all’ultima retribuzione maturata dal giorno del licenziamento fino a quello dell’effettiva reintegrazione, diminuita dell’aliunde perceptum);
- versamento dei contributi previdenziali e assistenziali;
- pagamento delle sanzioni per omesso o ritardato versamento contributivo.

L’art. 2 del D.lgs. 23/2015 al primo comma stabilisce che *“il giudice con la pronuncia con cui dichiara il licenziamento illegittimo, ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore, indipendentemente dal motivo formalmente addotto; inoltre il rapporto di lavoro si intende risolto qualora entro 30 giorni dalla richiesta del datore di lavoro, il lavoratore non abbia ripreso servizio, salvo che lo stesso richieda l’indennità sostitutiva, pari a 15 mensilità”*.

Si riconferma, in questo, la nullità del licenziamento discriminatorio con reintegrazione del lavoratore sul posto di lavoro e indennità risarcitoria che non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr.

¹⁵⁶ Corte di Appello di Roma 09 luglio 2012.

È sempre possibile beneficiare del cosiddetto “diritto d’opzione”, con il quale il lavoratore potrà chiedere in luogo della reintegrazione, quindi in aggiunta al risarcimento, un’indennità pari a 15 mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, non assoggettata a contribuzione previdenziale. Questa richiesta tuttavia deve essere presentata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall’invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se antecedente alla predetta comunicazione. Se il lavoratore non ha intenzione di avvalersi di questa facoltà, egli deve riprendere servizio entro trenta giorni dall’invito del datore di lavoro, altrimenti vi sarà la risoluzione del rapporto di lavoro.

Con il D.lgs. 23/2015 viene individuato un nuovo parametro di calcolo dell’indennità risarcitoria. Ai fini del calcolo del TFR infatti ,vanno ricompresi tutti i compensi con carattere continuativo che trovano nel rapporto di lavoro la causa tipica come: minimo contrattuale, indennità di contingenza, supermini e scatti d’anzinità.

La giurisprudenza ha inoltre considerato rientrati nella retribuzione ai fini del calcolo del Tfr:

- l’indennità sostitutiva del preavviso¹⁵⁷;
- il compenso per il tempo di viaggio¹⁵⁸;
- indennità sostitutiva di ferie e festività¹⁵⁹;
- i compensi percepiti per lavoro straordinario prestato con frequenza in base alla particolare organizzazione del lavoro¹⁶⁰.

Il licenziamento discriminatorio, è suscettibile di interpretazione estensiva. Infatti vi rientrano anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia quando *“costituisce l’ingiusta ed arbitraria sanzione a*

¹⁵⁷ Cass 22 febbraio 1993 n 2144

¹⁵⁸ Tribunale di milano 8 giugno 1986

¹⁵⁹ Cass 8 giugno 2005 n 11936

¹⁶⁰ Cass 5 febbraio 1994 n 1002

comportamenti tenuti dall'imprenditore, quando quest'ultima rappresenti l'unica ragione del provvedimento espulsivo"¹⁶¹.

Secondo la sentenza della Cassazione n. 22323 del 3 novembre 2016 è considerato discriminatorio con effetti ritorsivi *"il licenziamento del lavoratore disposto per giustificato motivo oggettivo ritenuto insussistente, allorquando le vere ragioni vanno ricercate in un demansionamento rispetto al quale il lavoratore aveva fatto ricorso al giudice"* ed inoltre *"il licenziamento per ritorsione diretta o indiretta-assimilabile a quello discriminatorio, costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova anche con presunzioni"*¹⁶².

Volendo far riferimento alla casistica di questo tipo di licenziamento, recentemente è stato dichiarato nullo in quanto qualificato come licenziamento discriminatorio per discriminazione sessuale, quello intimato da uno studio legale ad una sua dipendente per la volontà di sottoporsi a pratiche d'inseminazione artificiale, giustificato a causa delle assenze compiute durante il periodo di svolgimento della suddetta pratica.

Si prevede all'art. 14 del CCNL di settore, che vi sia uno specifico obbligo del datore di lavoro per la prevenzione di comportamenti qualificati come molestie sessuali, una fattispecie rientrante in quest'ambito riguarda il licenziamento impartito dal datore di lavoro alla sua lavoratrice in seguito alla richiesta della stessa della rimozione di un calendario di contenuto pornografico, esposto nel luogo di lavoro, questo perché la direttiva cee 2002/73 e l'art 26 del Codice delle pari opportunità include nell'ambito della discriminazioni anche

¹⁶¹ Cass 3 agosto 2011 n 16925

¹⁶² Tribunale Milano 27 dicembre 2012

le molestie sessuali, considerati come “quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi l’effetto di violare la dignità di una lavoratrice o un lavoratore”. È stato inoltre considerato nullo a seguito di una sentenza del Tribunale di Taranto del 5 dicembre 2013, il licenziamento collettivo effettuato nei confronti della manodopera femminile *“superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione”*.

Rientra in questa categoria anche il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, posto su ragioni inesistenti volte a celare la sua reale motivazione nella partecipazione ad uno sciopero.¹⁶³

Sono sottoposte alla suddetta disciplina sanzionatoria inoltre, le ipotesi di licenziamento nullo espressamente previste dalla legge, ossia:

- licenziamento per matrimonio;
- licenziamento per maternità;
- licenziamento per motivo illecito determinante.

3.4 Licenziamento inefficace

Il licenziamento intimato oralmente al lavoratore ossia privo di qualsiasi atto scritto è considerato invalido e inefficace, in quanto privo di qualsiasi valida idoneità giuridica ad interrompere il rapporto di lavoro. Ciò a prescindere dal fatto che teoricamente alla base di quest’intimazione vi possa essere una giusta causa oppure un giustificato motivo, oggettivo o soggettivo.

¹⁶³ Tribunale di Milano 7 Ottobre 2004

Riguardo al regime sanzionatorio, in riferimento ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, ossia l'entrata in vigore del decreto sulle tutele crescenti, è previsto il reintegro nel posto di lavoro e la corresponsione di un'indennità risarcitoria pari alla retribuzione maturata dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione (cd. tutela reintegratoria piena) più il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per tutto il periodo intercorrente. L'indennità non può essere inferiore alle 5 mensilità e non è previsto un limite massimo. Da quest'importo però deve essere sottratto quanto eventualmente percepito, nel periodo di estromissione dal lavoro, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In riferimento all'indennità che il datore di lavoro deve versare al lavoratore a titolo di risarcimento del danno, cambia la base di calcolo. Il secondo comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori faceva riferimento alla retribuzione globale mentre il secondo comma dell'art. 2 del D.Lgs. 23/2015 prevede che l'indennità sia *“commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione”*.

Entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, il lavoratore ha la possibilità di chiedere al datore di lavoro, invece del reintegro nel vecchio posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, con la conseguente risoluzione del rapporto di lavoro. Nei casi di lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, l'art. 2 del d.lgs. 23/2015 condanna il datore di lavoro al reintegro del lavoratore, al pagamento di un'indennità risarcitoria e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

La richiesta di indennizzo economico invece del reintegro deve essere presentata entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della

pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla comunicazione. Detta indennità sostitutiva non è assoggettata a contribuzione previdenziale.

La Corte di Cassazione ha recentemente chiarito, nella sentenza 8927 del 5 maggio 2015, che l'onere di provare la giustificatezza del licenziamento è a carico del datore di lavoro, quindi qualora vi sia un contrasto tra la prospettazione effettuata del dipendente (che deduca di essere stato licenziato oralmente) e quella del datore di lavoro (che deduca le dimissioni del lavoratore), la prova gravante sul primo è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione del datore di lavoro si configura come un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade su quest'ultimo. Successivamente con un'altra sentenza la numero 22825 del 9 novembre 2015, i giudici della Corte hanno stabilito che al licenziamento orale non si applica il termine di decadenza di sessanta giorni per l'impugnativa previsto dall'articolo 6 della legge n. 604 del 1966. Quindi il lavoratore potrà sempre far valere l'inefficacia del licenziamento intimato oralmente.

3.5 Il licenziamento del lavoratore disabile

Per i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto n. 23 del 4 marzo 2015, sopravvive, accanto ai licenziamenti discriminatori e nulli e ai licenziamenti disciplinari per fatto materiale insussistente, un'ulteriore particolare ipotesi di reintegrazione. Si tratta del caso in cui *“il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4 e 10, comma 3, della legge 12 marzo*

1999, n. 68” (art. 2, comma 4, del decreto). Alcuni hanno associato tale ipotesi al settimo comma dell’art. 18 (nella versione post Riforma Fornero) che prevede la reintegrazione per i licenziamenti intimati per inidoneità fisica o psichica che si rivelino ingiustificati. Non è un caso che una prima versione del decreto utilizzava inequivocabilmente proprio il termine “inidoneità”¹⁶⁴, e collocava la disposizione nell’art. 3 rendendola inapplicabile alle piccole imprese e prevedendo il risarcimento del danno nella misura massima di 12 mensilità.

Successivamente la versione definitiva del decreto, oltre a spostare la norma nell’art. 2, utilizza il diverso termine “disabilità”, che, tra l’altro, sembra riferito al motivo che, in ipotesi, rende ingiustificato il licenziamento e non alla motivazione di quest’ultimo. Una prima lettura vorrebbe considerare i due termini (inidoneità e disabilità) come sinonimi, mantenendo quindi la reintegrazione per i licenziamenti per inidoneità riconosciuta insussistente. Il principale limite di tale ipotesi interpretativa sta nel possibile contrasto che verrebbe a determinarsi con i principi e criteri direttivi stabiliti dalla Legge Delega che esclude la reintegrazione per i licenziamenti economici.

Qui si avrebbe invece il mantenimento del rimedio reintegratorio per un’ipotesi di licenziamento classicamente riconducibile al giustificato motivo oggettivo di recesso. Inoltre, in conseguenza dell'applicazione universale dell'art. 2 del decreto, si avrebbe l'estensione della tutela reintegratoria (per di più nella forma piena), per una particolare fattispecie, anche a datori di lavoro che prima non vi andavano soggetti per difetto del requisito dimensionale. Il che sembra contrario agli scopi dichiarati della riforma. Una seconda interpretazione si

¹⁶⁴ L'utilizzo del termine “inidoneità” rendeva plausibile che ci si volesse riferire alla classica ipotesi del licenziamento intimato per sopravvenuta incapacità del lavoratore (in genere per malattia) di svolgere le mansioni assegnate e considerata dalla giurisprudenza alla stregua di un giustificato motivo oggettivo.

propone invece di dare un senso alla modifica terminologica, e porta a concludere che la disposizione si riferisca alla condizione di disabilità riconosciuta dalle apposite commissioni ai sensi dell'art. 1 della legge n. 68/1999. In quest'ottica, la norma avrebbe inteso garantire la tutela reintegratoria a quei licenziamenti riconosciuti illegittimi a motivo della accertata condizione di disabilità del lavoratore, anche insorta in corso di rapporto (art. 4, comma 4, legge 68/1999) ovvero aggravatasi nel corso del medesimo (art. 10, comma 3, legge 68/1999). In altre parole, la reintegrazione scatterebbe soltanto a favore del lavoratore disabile (espressamente riconosciuto tale) qualora questi sia licenziato al di fuori dei casi previsti dalla legge. Quando cioè il lavoratore non poteva essere licenziato proprio perché disabile, come tale destinatario di specifica tutela. Questa lettura, oltre ad essere più aderente alla lettera della norma, ha il pregio di evitare il vizio di eccesso di delega e dà un senso alla collocazione della disposizione all'interno dell'articolo dedicato al licenziamento discriminatorio, del quale costituirebbe nella sostanza una specificazione a favore di una particolare categoria protetta. Come spesso accade per comprendere meglio la ratio di una normativa occorre fare riferimento a dei casi concreti. Dal punto di vista della casistica giurisprudenziale, ci sono dei casi degli ultimi anni, prima della promulgazione del d.lgs. 23/2015, che possono aiutarci a raggiungere il nostro scopo. Innanzitutto sottolineiamo che un soggetto invalido che sia stato assunto attraverso le liste di collocamento per disabili, può essere licenziato solamente se risulta impossibile il reinserimento all'interno della stessa azienda, secondo l'art. 10 della legge n. 68 del 1999.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Riportiamo per esteso il comma 3 dell'art. 10 della legge n. 68/1999 sul rapporto di lavoro dei disabili obbligatoriamente assunti: "Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle

Questa valutazione spetta esclusivamente ad un'apposita Commissione medica. La sentenza della Cassazione civile n. 8450 del 10 aprile 2014, partendo da tale assunto, ha rigettato il ricorso promosso da un'azienda avverso una sentenza della Corte di Appello di Palermo che aveva riformato la pronuncia di primo grado dichiarando illegittimo il licenziamento di un lavoratore disabile perchè basato su un'autonoma valutazione dell'azienda del giudizio espresso dal Comitato tecnico provinciale per l'inserimento dei disabili e dal medico competente aziendale. La società è stata quindi condannata a reintegrare il disabile nel posto di lavoro ed a risarcirle il danno subito. È opportuno citare anche un'altra sentenza, di poco antecedente. Ci riferiamo alla sentenza Corte di Cassazione, sezione Lavoro, n. 28426 del 2013. Il caso in questione era relativo al licenziamento di una lavoratrice disabile che, per le limitazioni decise dal medico curante, l'azienda non era riuscita ad impiegare in altra attività rispetto a quella normalmente svolta. La Corte ha stabilito che il licenziamento del lavoratore disabile è legittimo qualora sia provato che l'aggravamento delle sue condizioni non consenta all'azienda di impiegarlo, come detto, in altre mansioni costituendo quindi un giustificato motivo oggettivo di licenziamento. La tutela del lavoratore

sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda. Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che, sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo. Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, integrata a norma dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, della presente legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge. La richiesta di accertamento e il periodo necessario per il suo compimento non costituiscono causa di sospensione del rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda".

disabile non può comunque compromettere quelle che sono le esigenze di produttività dell'impresa. Per la Corte inoltre non era rilevante il fatto che il lavoratore appartenesse alle categorie protette, aventi diritto per legge 68/1999 al collocamento obbligatorio, e neppure il fatto che in azienda fosse occupato un numero di lavoratori disabili inferiore alla quota di riserva prevista sempre dalla legge 68/1999 all'art. 4. Importante la precisazione che tale la normativa a tutela dei lavoratori disabili non è applicabile nel caso in cui il soggetto non possa essere diversamente impiegato in azienda.

3.6 Licenziamento disciplinare illegittimo

Per quanto concerne il licenziamento disciplinare con il contratto di lavoro a tutele crescenti, sostanzialmente non si modificano le conseguenze per i licenziamenti illegittimi di natura disciplinare ma semplicemente se ne restringe l'applicabilità a una sola ipotesi.

Quindi il giudice accertata l'illegittimità del licenziamento per motivi disciplinari, condannerà il datore di lavoro a corrispondere un'indennità a favore del lavoratore, la quale dovrà essere pari a 2 mensilità per ogni anno di anzianità di servizio, con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità.

L'indennità si calcola prendendo a riferimento l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, e tenendo conto anche dei periodi inferiori all'anno che dovranno essere considerati secondo i mesi di anzianità maturati; viene inoltre computato per intero il mese con almeno quindici giorni di servizio.

La reintegrazione si applicherà solo in un'ipotesi residuale, ossia nel caso in cui la causa che ha determinato il licenziamento derivi da un fatto materiale che viene accertato essere inesistente.

Quindi a differenza del regime precedente a nulla rileveranno l'eventuale sproporzione tra il provvedimento espulsivo e la sanzione commessa. Inoltre nella stessa legge l'eventuale esuberanza del licenziamento rispetto alle previsioni del codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo provoca una conseguenza reintegratoria, che è invece esclusa nel decreto in esame. La finalità è evidente: sottrarre al controllo giudiziale, la verifica circa la proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato. Ai sensi del D.lgs. n. 23/2015 quindi il giudice dovrà limitare il suo operato all'ambito della verifica della sussistenza del "fatto materiale contestato al lavoratore", senza occuparsi della circostanza che la sanzione irrogata dal datore potrebbe non rispettare i parametri dell'art. 2106 c.c., il quale stabilisce che, per i comportamenti in violazione degli artt. 2104 c.c. e 2105 c.c., cioè quando vengono violati gli obblighi di diligenza, obbedienza, fedeltà, vanno applicate sanzioni proporzionate alla gravità dell'infrazione commessa, o meglio teoricamente commessa, dal lavoratore. Una delle caratteristiche principale della magistratura del lavoro è però l'attivismo sul fronte dell'interpretazione della normativa. La sensazione è che quindi essa proverà a trovare nuovi spazi per esprimersi al di fuori dello spazio nel quale il legislatore sembra averla destinata. Uno dei compiti principali del giudice è di utilizzare le norme di legge per rendere giustizia al caso concreto ed è quindi più che ipotizzabile che i giudici tenderanno a misurare comunque la gravità del comportamento del lavoratore, per verificare se è così grave da giustificare il licenziamento.

Il vizio di forma o di procedura è trattato nell'art. 4 del D.lgs. n. 23/2015. Qui viene stabilito il quadro sanzionatorio nei casi in cui il

licenziamento sia stato intimato senza specificarne le motivazioni oppure in violazione della procedura prevista in caso di licenziamento disciplinare (art. 7 della l. n. 300/1970). In queste situazioni il giudice non può esimersi dal dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento condannando il datore di lavoro a pagare una indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, che per le imprese con i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 della l. n. 300/1970, è valutata in una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio. L'indennità non può essere inferiore a due e non superiore a dodici mensilità. Nell'ambito invece delle piccole imprese, essa è pari a mezza mensilità per ogni anno di servizio, minimo una mensilità e non può essere superiore a sei. Viene dunque introdotto un sistema di calcolo della misura della indennità che si basa solo sulla dimensione dell'azienda e sull'anzianità di servizio del lavoratore. Quest'articolo è molto più snello rispetto al comma 6 dell'art. 18, sempre della legge n. 300/1970, poiché è stato escluso il vizio di omesso esperimento della procedura stabilita dall'art. 7 della l. n. 604/1966. Questa non è più richiesta in riferimento ai licenziamenti dei lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015.

3.7 Rito del lavoro per gli assunti dopo il 7 marzo 2015

Il rito speciale introdotto dalla Riforma Fornero, esposto nel capitolo precedente, ha un ambito di applicazione limitato, infatti non troverà applicazione per gli assunti a tempo indeterminato a tutele crescenti, nonché per i lavoratori licenziati dai datori di lavoro che hanno

superato la soglia dei 15 dipendenti dopo il 7 marzo 2015 pur essendo stati assunti antecedentemente a tale data. Il licenziamento di questi nuovi assunti potrà essere trattato con il rito ordinario ex art 414 c.p.c.¹⁶⁶.

Il rito del lavoro si differenzia dal rito ordinario per la forma che assume la domanda. Non si tratta di un atto di citazione, ma di un ricorso diretto al giudice del lavoro, il quale ha la possibilità di controllare il procedimento sin dal momento della sua instaurazione.

Nel ricorso dovranno essere individuati, in modo definitivo :

- l'oggetto della domanda;
- le ragioni di fatto e di diritto;
- le istanze istruttorie in cui si prova la sussistenza delle ragioni della domanda.

Il processo si conclude con una sentenza impugnabile con ricorso in Appello, il quale dovrà indicare le indicazioni delle parti del provvedimento che si intendono appellare e le modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado (art. 434 comma 1 c.p.c.), non sono inoltre ammessi ulteriori mezzi di prova , salvo che siano ritenuti dal collegio essenziali per la prosecuzione della causa.

L'articolo 6, comma 1, del D.Lgs. 23/2015 prevede una nuova modalità di conciliazione nei casi di licenziamenti rientranti nel suo

¹⁶⁶ Si riporta per comodità l'art 414 c.p.c. "Forma della domanda": *La domanda si propone con ricorso , il quale deve contenere:*

1) l'indicazione del giudice;

2) il nome, il cognome, nonché la residenza o il domicilio eletto del ricorrente nel comune in cui ha sede il giudice adito, il nome, il cognome e la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto; se ricorrente o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, il ricorso deve indicare la denominazione o ditta nonché la sede del ricorrente o del convenuto;

3) la determinazione dell'oggetto della domanda;

4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni;

5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione.

campo di applicazione. Per evitare il giudizio, tenendo sempre in considerazione la possibilità per le parti di arrivare ad una conciliazione in ogni altra modalità prevista dalla legge, il datore può offrire al lavoratore, entro il termine previsto per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento e cioè sessanta giorni, un assegno circolare presso una delle cosiddette sedi protette¹⁶⁷. Questo denaro non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale. Per le aziende che hanno i requisiti dimensionali stabiliti dall'art. 18, commi 8 e 9 della legge n. 300/1970, l'importo dell'assegno è pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio. Non potrà essere inferiore a due mensilità e non superiore a diciotto. Per le piccole imprese invece l'importo ammonta a mezza mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura non inferiore ad una e non superiore a sei mensilità. L'accettazione di tale assegno comporterà l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche nel caso in cui il lavoratore l'abbia già proposta. Eventuali altre somme pattuite in sede di conciliazione per chiudere ogni altra pendenza sono soggette al regime fiscale ordinario.

Il D.Lgs. 23/2015, all'art. 5, insieme all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, disciplina anche la revoca del licenziamento che può essere disposta dal datore di lavoro entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione dell'impugnazione da parte del lavoratore. In tal caso il rapporto si intende ripristinato senza soluzione di continuità con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti.

¹⁶⁷ Le Direzioni Territoriali del Lavoro, le sedi di conciliazione previste dai contratti collettivi e le commissioni di certificazione di cui all'art. 76 del D.lgs. n. 276/2003.

3.8 La disciplina organica dei contratti di lavoro

Il D. Lgs. n. 81/2015 (ribattezzato “codice di contratti”) persegue tra le sue finalità quelle di “compattare” in una sorta di Testo unico le discipline dei vari contratti inerenti il rapporto di lavoro, nonché quella di un loro sfoltimento nel nome di obiettivi antielusivi. Scompaiono, infatti, il contratto di lavoro a progetto, l'associazione in partecipazione e il job sharing¹⁶⁸, ma vengono confermate tutte le altre tipologie, la cui disciplina è però oggetto di rilevanti modifiche.

In realtà dei tentativi di riordino delle varie forme contrattuali vi furono anche con la legge n. 30/2003 e, per quanto riguarda i contratti a contenuto formativo, con il succedersi di svariati interventi culminati con l'elaborazione nel 2011 di un Testo unico sull'apprendistato.

Rispetto a questa prima fase, la legge n. 92/2012 ha potato invece per un intervento rigoristico nei confronti delle tipologie contrattuali ritenute portatrici di cattiva flessibilità (tra esse innanzitutto il lavoro a progetto) e di sostegno a quelle che promuovevano una buona flessibilità (tra esse l'apprendistato e la somministrazione).

Con il Jobs Act siamo in presenza di un ennesimo riordino nel quale riemergono spazi di flessibilità in chiave di riconoscimento ad opzioni produttive-occupazionali.

Per quanto riguarda il lavoro a progetto il suo superamento è giustificato dalla finalità di limitarne un uso improprio atto a mascherare forme di reale subordinazione.

Vengono abrogate tutte le norme della Legge Biagi che lo avevano istituito e disciplinato (articoli da 61 a 69 bis del decreto legislativo n. 276 del 2003), con le relative modifiche introdotte nel corso degli

¹⁶⁸ Il job sharing, introdotto dalla legge Biagi del 2003, è il contratto di lavoro ripartito, cioè quello in forza del quale due lavoratori si obbligano ad adempiere solidalmente ad un'unica ed identica obbligazione lavorativa.

anni. Tali norme rimangono in vigore solo per i contratti già in atto alla data di entrata in vigore del decreto (25 giugno 2015). Da tale data nessun nuovo contratto a progetto può dunque essere stipulato ma permane la possibilità, per quelli in corso, di proseguire fino alla loro scadenza (il lavoro a progetto è, infatti, per legge, necessariamente a termine).

Nonostante l'abrogazione sarà comunque possibile, ma con opportuna cautela, stipulare contratti che abbiano ad oggetto collaborazioni coordinate e continuative, senza, peraltro, la necessità di ricondurle ad un progetto e senza nemmeno la necessità di apporvi un termine, e quindi anche a tempo indeterminato.

Resta invece attiva la collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409 c.p.c., anche se priva di significative tutele (aldilà di quelle previdenziali) e ulteriormente circoscritta per la riconduzione alla disciplina del lavoro subordinato delle collaborazioni "le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". Per effetto di tale intervento anche le collaborazioni coordinate e continuative con le necessarie caratteristiche saranno assoggettate alla disciplina del lavoro subordinato.

Caratteristiche che sono, principalmente, quelle dell'organizzazione da parte del committente del luogo di svolgimento e della tempistica relativi all'adempimento della prestazione lavorativa.

La distinzione fra collaborazioni che continuano a collocarsi interamente nell'area del lavoro autonomo e collaborazioni che sono destinate ad essere regolate dalle norme sul lavoro subordinato dipende da un criterio al quale non è agevole assegnare un significato univoco.

Ciò potrebbe portare però ad alcuni inconvenienti; il coordinamento spazio-temporale che caratterizza la collaborazione potrebbe essere

inteso in maniera molto restrittiva per cui ogni tipo di obbligo, e quindi anche il più blando, che imponga al collaboratore di eseguire la prestazione secondo precise scadenze temporali potrebbe essere considerato sufficiente ai fini dell'applicabilità della disciplina del lavoro subordinato. Senza considerare, poi, che, anche in assenza di vincoli legati al tempo e al luogo di adempimento della prestazione, potrebbe verificarsi l'eventualità che la collaborazione possa essere qualificata come lavoro subordinato a seguito dell'accertamento da parte dei giudici o degli organismi ispettivi della sussistenza dei corrispondenti caratteri.

Ciò del resto corrisponde all'idea di fondo che ispira il jobs act: la promozione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, considerate il contratto "standard", rispetto a tutte le altre forme di lavoro, anche autonome¹⁶⁹.

Come già anticipato, infine, la disciplina descritta non si applica a talune situazioni:

- a) alle collaborazioni espressamente previste e disciplinate da accordi collettivi nazionali;
- b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali;
- c) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I.;
- d) alle pubbliche amministrazioni;
- e) ai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e ai partecipanti collegi e commissioni.

Con riguardo a quest'ultima ipotesi, occorre precisare che il decreto la considera un'eccezione solo con riguardo alle collaborazioni volte a

¹⁶⁹ R. Staiano, *Jobs Act. Tutte le novità dei decreti attuativi*, op.cit.

regolare l'esercizio delle corrispondenti funzioni. Ne deriva che se un'amministratore di società ha in corso altri contratti di collaborazione coordinata e continuativa estranei a tale funzione tali contratti saranno comunque assoggettati alle regole generali.

Al fine di promuovere la stipulazione di contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'art. 54 del decreto incentiva, a far tempo dal 1 gennaio 2016, l'assunzione dei collaboratori coordinate e continuativi e dei titolari di partita IVA con i quali siano stati intrattenuti rapporti di lavoro autonomo. La contropartita dell'assunzione consiste nella "estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi all'erronea qualificazione del rapporto di lavoro"¹⁷⁰, anche se sono "fatti salvi gli illeciti accertati a seguito di accessi ispettivi effettuati in data antecedente alla assunzione", con la conseguenza che se a carico dell'impresa sono già state riscontrate irregolarità, la successiva assunzione del collaboratore o del titolare di partita IVA non serve a sanarle.

L'accesso alla misura di favore è, però, condizionato dalla sussistenza di due presupposti e cioè, nello specifico, la sottoscrizione da parte dei lavoratori in una delle cosiddette sedi protette di una transazione riferita ad ogni possibile pretesa riguardante la qualificazione del pregresso rapporto di lavoro ed il mancato licenziamento del lavoratore, se non per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, per i primi dodici mesi di contratto.

Sempre in tema di lavoro autonomo, il decreto n.81/2015 sancisce il superamento anche dell'associazione in partecipazione con rapporto di lavoro. In particolare, l'art. 53, comma 1, lett. a, del decreto ha sostituito il secondo comma dell'art.2549 cod. civ. disponendo che "nel caso in cui l'associato sia una persona fisica l'apporto di cui al primo comma non può consistere, nemmeno in parte, in una

¹⁷⁰ AA.VV, *Le novità del Jobs Act*, Toffoletto – De Luca Tamajo (a cura di), cit.

prestazione di lavoro”.

Sono, però, fatti salvi i contratti ancora in atto alla data di entrata in vigore del provvedimento fino alla loro cessazione, che, dunque, nell’ipotesi di contratti a tempo indeterminato potrebbe intervenire anche a distanza di anni. Il codice dei contratti, nella parte dedicata al contratto a tempo determinato (capo III, articoli da 19 a 29), conferma l’abolizione del requisito della “causale”, fonte di incertezze e di uno smisurato contenzioso giudiziario, e la sua sostituzione con limiti di durata (36 mesi) e quantitativi (20% dell’organico stabile).

Nel caso di successione di più contratti, ai fini del computo di tale periodo, si considerano tutti i contratti a termine e i periodi di somministrazione a tempo determinato conclusi per lo svolgimento di “mansioni di pari livello e categoria legale”. La precedente disposizione utilizzava invece l’espressione “mansioni equivalenti”, ormai superata dalla nuova formulazione dell’art. 2013 cod. civ. (riscritto dallo stesso codice dei contratti all’art. 3), che ha definitivamente eliminato dal nostro ordinamento il concetto di equivalenza delle mansioni¹⁷¹.

Una volta trascorso il periodo massimo di 36 mesi, è ancora ammessa la possibilità di stipulare un nuovo contratto a termine fra gli stessi soggetti, a condizione che tale contratto venga siglato presso la Direzione Territoriale del Lavoro competente, senza la necessità di assistenza di un rappresentante sindacale. L’ulteriore contratto potrà avere una durata massima di 12 mesi.

Restano esclusi dal limite di durata per sommatoria i contratti conclusi per lo svolgimento di attività stagionali. Il “catalogo” delle attività stagionali dovrà essere aggiornato con decreto del Ministero del lavoro rispetto all’elenco oggi esistente (DPR n.1525/63), che nel

¹⁷¹ *Ibidem*.

frattempo continua ad applicarsi¹⁷².

Il superamento dei limiti massimi di durata determina la trasformazione del contratto in contratto a tempo indeterminato. Analoga conseguenza determina in caso di effettuazione di un numero di proroghe superiore a quello massimo stabilito (5 nell'arco di 36 mesi): il contratto si trasforma a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della sesta proroga. Per quanto riguarda le proroghe però c'è una novità: la proroga non è più subordinata al fatto che si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato inizialmente stipulato. Invariate le norme sugli intervalli minimi tra un contratto a termine e l'altro, che non si applicano alle attività stagionali e alle ipotesi individuate dai contratti collettivi. Anche in questo caso la violazione è sanzionata con la trasformazione a tempo indeterminato. I limiti alle proroghe non si applicano alle startup innovative per il periodo di quattro anni dalla loro costituzione. Restano poi i classici divieti di stipulazione del contratto a termine: sostituzione di lavoratori in sciopero, Cassa integrazione in corso o licenziamenti collettivi negli ultimi sei mesi nell'unità produttiva interessata, mancata effettuazione della valutazione dei rischi. L'unica differenza rispetto al passato sta nella scomparsa della possibilità di ammettere, tramite accordo sindacale, l'utilizzo del contratto a termine nelle unità produttive interessate da Cassa integrazione ovvero, nei sei mesi precedenti, da licenziamenti collettivi. Oggi, dunque, in tali ipotesi, il ricorso al contratto a tempo determinato per le stesse mansioni dei lavoratori licenziati o sospesi è vietato senza possibilità di deroga sindacale. Fanno eccezione al divieto (solo per l'ipotesi di licenziamenti collettivi nei sei mesi precedenti) i contratti stipulati per la sostituzione di lavoratori assenti,

¹⁷² L. Menghini, *Il contratto a tempo determinato*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), pag. 288.

quelli conclusi con lavoratori iscritti nelle liste di mobilità e quelli di durata iniziale inferiore ai tre mesi. Il decreto prevede, inoltre, espressamente che in caso di violazione di tali divieti, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato.

Il codice dei contratti ha introdotto numerose modifiche al contratto di apprendistato¹⁷³, con riferimento sia alla sua disciplina generale sia alle singole tipologie, che vengono peraltro ridefinite come:

- a) apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore;
- b) apprendistato professionalizzante;
- c) apprendistato di alta formazione e ricerca.

La prima novità inerente la disciplina dell'apprendistato consiste nell'aver previsto per la prima e la terza tipologia elencate un sistema duale che integra organicamente formazione e lavoro. La seconda riguarda il limite all'assunzione di nuovi apprendisti, che secondo le disposizioni previgenti era subordinata alla prosecuzione a tempo indeterminato di almeno il 20% degli apprendisti assunti nei 36 mesi precedenti, senza alcuna distinzione tra le tre tipologie di apprendistato. Ora invece, soltanto l'assunzione di nuovi apprendisti con contratto di apprendistato professionalizzante è soggetto a tale limitazione.

La terza modifica, infine, consiste nell'aver espressamente previsto che il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi dell'apprendistato del primo tipo costituisce giustificato motivo di licenziamento¹⁷⁴.

Sebbene l'impianto normativo del contratto di lavoro a tempo parziale

¹⁷³ AA.VV., *Le novità del Jobs Act*, Toffoletto – De Luca Tamajo (a cura di), *op. cit.*

¹⁷⁴ M. Tiraboschi, *L'apprendistato dopo il Jobs Act*, in *Jobs Act: un primo bilancio, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015*, Franco Carinci (a cura di), pag. 310 ss.

sia rimasto essenzialmente invariato, il codice dei contratti ha apportato alcune modifiche con riferimento alle disposizioni sul lavoro supplementare, sulle clausole flessibili ed elastiche, sul diritto di precedenza nonché sul diritto di trasformazione del rapporto da tempo pieno a part time.

Resta innanzitutto confermato il generale rinvio ai contratti collettivi (nazionali, territoriali e aziendali) per l'individuazione dei limiti e delle modalità per la richiesta di prestazioni di lavoro supplementare.

Non è invece più previsto il riferimento ai contratti collettivi per l'individuazione di causali che rendano possibile le richieste di lavoro supplementare. Viene, poi, introdotta una disciplina specifica nel caso in cui il ricorso al lavoro supplementare non sia regolato dai contratti collettivi: la riforma prevede che il datore di lavoro possa richiedere al lavoratore lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare solo in misura non superiore al 25% dell'orario concordato, da compensare con una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, comprensiva dell'incidenza della retribuzione delle ore supplementari sugli istituti retributivi indiretti e differiti. Sempre con riferimento al lavoro supplementare, se prima era richiesto il consenso del lavoratore interessato, al di fuori delle ipotesi previste dal contratto collettivo, oggi è invece stabilito che il lavoratore in assenza di applicazione del contratto collettivo, non può rifiutarsi di prestare lavoro supplementare nei limiti del 25% dell'orario settimanale, salvo che il rifiuto sia giustificato da comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale. Importante novità poi per quanto riguarda le clausole flessibili ed elastiche. La prima differenza è senza dubbio terminologica, in quanto nel decreto si fa esclusivo riferimento alle clausole elastiche, le quali oggi comprendono sia quelle relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa (prima definite flessibili) sia

quelle relative alle variazioni in aumento della sua durata. Anche in questo caso la riforma interviene nell'ipotesi in cui il contratto collettivo non contenga una disciplina specifica, prevedendo che le parti possano pattuire per iscritto tali clausole, a condizione che gli accordi in tal senso vengano conclusi avanti alle Commissioni di Certificazione (con facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro) e prevedano, a pena di nullità le condizioni e le modalità con le quali il datore di lavoro può modificare la collocazione temporale della prestazione o variarne in aumento la durata, con preavviso di 2 giorni lavorativi; la misura massima dell'aumento, che non potrà eccedere il limite del 25% della normale prestazione annua a tempo parziale, con il diritto del lavoratore ad una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale di fatto, anch'essa comprensiva dell'incidenza della retribuzione sugli istituti retributivi indiretti e differiti.

Altra importante novità riguarda la possibilità per il lavoratore di richiedere la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale in luogo del congedo parentale entro i limiti del congedo ancora spettante. Tale richiesta può essere avanzata per una sola volta, per un periodo corrispondente alla durata del congedo ancora spettante e con una riduzione d'orario non superior al 50%. Il datore di lavoro è tenuto a dar corso alla trasformazione entro quindici giorni dalla richiesta.

3.9 La disciplina delle mansioni

Il D. Lgs. n. 81 del 2015 viene a modificare un altro dei caposaldi della lunga stagione garantistica del diritto del lavoro: la rigidità in

tema di ius variandi del datore di lavoro, ancorata per decenni al rispetto della equivalenza professionale tra mansioni a quo e ad quem¹⁷⁵. Ancoraggio che, al cospetto del dinamismo organizzativo e tecnologico della impresa post fordista, rischiava di penalizzare, sia la capacità di adeguamento e innovazione dell'imprenditore, ma lo stesso lavoratore, a rischio di inutilizzabilità di un patrimonio professionale magari statico e superato dalla rapida evoluzione dei modelli organizzativi.

In verità la rigidità dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori già era stata mitigata da alcuni interventi normativi a carattere derogatorio e da una giurisprudenza avvertita della opportunità di consentire talora mansioni non equivalenti ma risultanti in concreto di miglior favore per il dipendente.

L'art. 3 del Decreto in questione ridisegna l'ambito dello ius variandi e delle mansioni contrattualmente dovute dal lavoratore che vengono individuati con riferimento ai livelli di inquadramento e non più nei confini della equivalenza professionale.

A ciò si arriva riscrivendo il testo dell'art. 2103 del codice civile, che regola la possibilità di modificare le mansioni del lavoratore (appunto il cosiddetto ius variandi). La nuova norma si applica a tutti i lavoratori, e non solo ai nuovi assunti come la disciplina dei licenziamenti. Si tratta di un intervento di notevole impatto pratico, che rende più flessibile il lavoro subordinato anchedurante il rapporto, e non solo alla sua cessazione. E' quindi perfettamente coerente con l'impianto generale del jobs act. La vecchia norma, che risaliva allo Statuto dei lavoratori del 1970, era caratterizzata da una notevole rigidità, che ostacolava in maniera rilevante qualsiasi processo di riorganizzazione aziendale; lo ius variandi, infatti, poteva esercitarsi

¹⁷⁵ M. Brollo, *Lo ius variandi*, in *Jobs Act: un primo bilancio, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015*, Franco Carinci (a cura di), pag. 226 ss.

solo tra mansioni equivalenti. La nozione di equivalenza, peraltro, è stata elaborata nel corso degli anni dalla giurisprudenza in termini restrittivi, coinvolgendo non solo il profilo oggettivo (parità di contenuto professionale) ma anche quello soggettivo (coerenza con il bagaglio professionale acquisito). Vi era quindi un divieto assoluto di modificare in pejus le mansioni, cioè di assegnare il lavoratore a mansioni di inferiore contenuto professionale¹⁷⁶. Le uniche eccezioni previste dalla legge riguardavano il lavoratore divenuto inabile allo svolgimento delle proprie mansioni per malattia o infortunio (art. 4, comma 4, della legge n. 68/99), ovvero ritenuto dal medico competente inidoneo alle mansioni specifiche (art. 42 del D.Lgs n. 81/08).

A queste deroghe legislative si erano aggiunto un ammorbidimento parziale del divieto assoluto di demansionamento introdotto dalla giurisprudenza, che aveva affermato la validità di un accordo individuale di demansionamento che costituisse l'unica alternativa al licenziamento.

Rispetto a questo panorama, il decreto opera significative innovazioni. Innanzitutto estende lo spazio all'interno del quale può liberamente (cioè senza necessità di motivazione) esercitarsi il mutamento unilaterale di mansioni: non più mansioni equivalenti alle ultime svolte, ma mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento contrattuale e alla stessa categoria legale di appartenenza (dirigente, quadro, operaio, impiegato, art. 2095 cod.civ.). Il giudice non potrà più fare alcuna valutazione di equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti, ma dovrà limitarsi ad accertare che il mutamento rimanga all'interno dello stesso livello e della stessa categoria¹⁷⁷. Ma la novità più significativa è rappresentata dalla facoltà, riconosciuta al

¹⁷⁶ AA.VV, *Le novità del Jobs Act*, Toffoletto - De Luca Tamajo (a cura di), *op. cit.*

¹⁷⁷ M. Brollo, *Lo jus variandi*, in *Jobs Act: un primo bilancio, op.cit.*, pag. 230.

datore di lavoro, di assegnare il lavoratore a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale. Tale facoltà può ora essere esercitata non solo quale alternativa al licenziamento, ma in ogni caso di “modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore”. Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni corrispondenti al livello inferiore, purché previsti nella medesima categoria legale, possono poi essere previste dai contratti collettivi, anche aziendali. Il demansionamento unilaterale (che deve comunicarsi per iscritto, a pena di nullità) sarà dunque possibile, con un doppio limite, e cioè la sua ricollegabilità ad una riorganizzazione aziendale che coinvolga la posizione del lavoratore, e l'appartenenza delle nuove mansioni al livello di inquadramento contrattuale immediatamente inferiore, oltre che alla medesima categoria legale. In ogni caso, la dequalificazione unilaterale non può comportare né l'attribuzione di un diverso inquadramento né la diminuzione della retribuzione, potendo, in astratto, venir meno solo elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. È previsto inoltre che il mutamento di mansioni si accompagni ad un obbligo di formazione, la cui mancanza non determina però la nullità del provvedimento. Inquadramento, categoria legale e trattamento retributivo potranno essere modificati, per adeguarli alle eventuali diverse ed inferiori mansioni, solo con il consenso del lavoratore, manifestato con accordi raggiunti nelle c.d sedi protette. Tali accordi, che possono modificare le mansioni senza il limite della categoria e del livello di inquadramento immediatamente inferiore, dovranno essere ricollegati all'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Anche il nuovo art. 2103 prevede il diritto del lavoratore, nel caso di assegnazione a mansioni

superiori, al trattamento corrispondente all'attività svolta, ma con tre importanti novità¹⁷⁸; la prima è rappresentata dalla previsione che l'assegnazione diviene definitiva (salvo che sia stata disposta per ragioni sostitutive) dopo sei mesi continuativi, e non dopo tre come previsto dalla norma precedente, offrendo, di conseguenza, maggiore tempo al datore per valutare l'idoneità del lavoratore al superiore incarico. La seconda è la possibilità di una diversa volontà del lavoratore, quindi sostanzialmente la derogabilità convenzionale della disposizione; la terza ed ultima consiste nella facoltà attribuita alla contrattazione, anche aziendale, di prevedere un termine anche più lungo dei sei mesi. Anche sotto quest'ultimo profilo si registra dunque un significativo ampliamento dei margini di flessibilità nella gestione del rapporto di lavoro¹⁷⁹.

¹⁷⁸ AA.VV, *Le novità del Jobs Act*, Toffoletto – De Luca Tamajo (a cura di), *op.cit.*

¹⁷⁹ M. Brollo, *Lo jus variandi*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, cit., pag. 233.

Conclusioni

Il nostro viaggio all'interno del lavoro e del diritto ad esso associato è iniziato dalla considerazione espressa dal celebre filosofo tedesco Karl Marx che individuava nel lavoro, inteso come capacità umana di trasformare il mondo circostante, un bisogno insopprimibile e fondamentale dell'essere umano. Come abbiamo visto, agli inizi dell'Ottocento emerse l'esigenza di mediare le aspettative della classe lavoratrice con quelle della produzione, attraverso una chiara legislazione della materia. In ambito italiano sono tre le fondamentali fasi storiche dell'evoluzione del moderno diritto del lavoro: la fase della prima legislazione sociale, in cui le leggi in materia di lavoro si presentano come norme eccezionali rispetto al diritto privato; la fase dell'incorporazione del diritto del lavoro nel sistema del diritto privato, caratterizzata dall'introduzione, nella codificazione civile, della disciplina delle leggi e dei contratti collettivi; ed in fine la fase della costituzionalizzazione del diritto del lavoro, i cui principi fondamentali sono garantiti dalla Carta Costituzionale. Fondamentale punto di svolta nell'evoluzione del diritto del lavoro coincide con l'emanazione della Costituzione repubblicana, momento in cui la materia viene orientata alla luce dei principi costituzionali. D'altronde, come recita l'articolo 1, "L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro". Durante gli anni '60 con l'obiettivo di garantire la dignità sociale enunciata dalle disposizioni costituzionali, vennero poi attuati diversi interventi, primo fra tutti la legge n. 604 del 1966 riguardante la disciplina del licenziamento individuale, con la quale si garantì una maggior tutela del lavoratore tramite la limitazione dei poteri dell'imprenditore, attraverso strumenti quali l'introduzione del giustificato motivo e la nullità dei licenziamenti intimati per

rappresaglia sindacale.

Il rapporto di lavoro è quel rapporto giuridico che si instaura tra le parti che sottoscrivono un contratto di lavoro. Per la dottrina più moderna esso è “un contratto oneroso di scambio a prestazioni corrispettive, nel quale la causa è costituita proprio dallo scambio tra lavoro e retribuzione secondo un vincolo di reciprocità”. Una delle sue caratteristiche principali è di essere caratterizzato dall’“intuitu personae”, ossia quel forte legame di fiducia che si instaura tra le parti che lo sottoscrivono. Tutto il diritto del lavoro nasce e si sviluppa attorno al rapporto di lavoro tipico: il lavoro subordinato che è un rapporto di durata. In riferimento al criterio della durata possiamo distinguere i rapporti in due grandi categorie: quelli destinati ad estinguersi ad una scadenza predeterminata (rapporti a tempo determinato) e quelli destinati ad estinguersi per effetto di una iniziativa di entrambe le parti (rapporti a tempo indeterminato). Sono cinque le cause che possono portare alla sua estinzione: risoluzione consensuale (per volontà delle parti); per scadenza del termine indicato nei contratti di lavoro (per i soli contratti a tempo determinato); per morte del lavoratore; per recesso unilaterale (per iniziativa di una delle parti). In quest’ultimo caso il recesso del datore di lavoro è chiamato licenziamento, quello del lavoratore è chiamato dimissioni. Nel tempo il legislatore ha cercato di porre limiti alla possibilità di licenziare del datore di lavoro per garantire una maggiore tutela nell’interesse dei lavoratori alla conservazione del proprio posto. Per quanto riguarda il licenziamento, esso assume rilevanza maggiore dal punto di vista sociale ed economico per un contesto come quello italiano in cui i livelli di disoccupazione sono sempre più elevati. La sua normativa è il risultato di una serie di riforme che si sono tra di loro succedute ma mai del tutto sostituite, producendo quindi come risultato una disciplina molto articolata e

soprattutto la coesistenza di diversi regimi. Lo scopo principale di queste continue riforme è quello di porre limiti al potere datoriale e di riequilibrare la posizione del lavoratore considerato come “contraente debole” del rapporto di lavoro. Le garanzie offerte al lavoratore, in caso di licenziamento illegittimo sono profondamente mutate in questi ultimi anni. La normativa che attualmente regola il licenziamento individuale è il risultato di un’evoluzione storica legislativa avvenuta nel corso di molti anni. In particolare si è passati dal principio della libera recedibilità prevista dal codice civile al divieto di licenziamenti immotivati con la legge 604/1966 per poi tornare con l’attuale riforma del “Jobs Act” ad una liberalizzazione dei licenziamenti. L’impronta originaria era certamente di stampo liberale poiché il codice del 1942, sulla scia di quello del 1865, prevedeva la regola del recesso libero. Con l’entrata in vigore della Costituzione la situazione iniziò a mutare iniziando a prendere strada l’idea di vietare i licenziamenti immotivati. La prima legge che prese in considerazione la materia fu la citata legge n. 604 del 1966 che recepiva gli accordi contrattuali che, tuttavia, valevano solo per gli iscritti alle associazioni sindacali che avevano partecipato alla loro stipulazione. In tale normativa vennero introdotti determinati requisiti di forma e determinate cause che giustificassero il recesso dell’imprenditore. L’apparato sanzionatorio però risultava ancora assai limitato: il licenziamento infatti continuava a produrre i suoi effetti, in quanto permaneva la cessazione del rapporto di lavoro e al datore veniva concessa la facoltà di scelta se riassumere il lavoratore o assodare la fine del rapporto corrispondendogli una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno. Per riequilibrare a favore dei lavoratori non solo i rapporti di potere all'interno dell'azienda, ma anche all'interno della società civile, venne promulgato lo Statuto dei lavoratori, contenuto all'interno della legge n. 300 del 20 maggio 1970, con la quale si garantì l'osservanza

dei principi costituzionali nel rapporto tra lavoratore dipendente e datore di lavoro, tutelando la dignità e la libertà del lavoratore, nonché il diritto al libero svolgimento dell'attività sindacale sul luogo di lavoro. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori prevedeva, oltre al risarcimento del danno, la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore nel caso di licenziamento ingiustificato. A partire dal 1975 si aprì una nuova fase della legislazione del lavoro caratterizzata dalla difesa e dalla crescita dei livelli di occupazione, prevedendo l'estensione delle forme di impiego flessibile della forza lavoro e la riduzione del tasso di inflazione tramite la cosiddetta "politica dei redditi". La legge n. 108 del 1990, allo scopo di ampliare la tutela del lavoratore, prevedeva il principio della giustificazione del licenziamento e l'affermazione quindi del principio secondo il quale il datore di lavoro non poteva interrompere il rapporto in modo libero, incombendo su di lui l'onere di fornire una motivazione del licenziamento rispettando, altresì, l'obbligo della forma scritta. Nel 2003, con la cd. legge Biagi, venivano istituite svariate tipologie contrattuali subordinate "alternative" al tipo classico cercando di arginare il ricorso alle forme di lavoro parasubordinato dando vita al nuovo lavoro a progetto. Nell'area della subordinazione nacquero così il lavoro somministrato, il lavoro intermittente, il lavoro ripartito (o job sharing), il lavoro a chiamata (o job on call) e il contratto di inserimento. L'ultimo intervento in ordine di tempo in materia di lavoro è rappresentato dal "Jobs Act", varato a marzo del 2014 dal Governo presieduto da Matteo Renzi. La sua principale innovazione riguarda il contratto a tutele crescenti finalizzato al contrasto del precariato, ossia una tipologia contrattuale valevole per i neoassunti a tempo indeterminato che prevede una serie di garanzie destinate ad aumentare con il passare del tempo.

Il licenziamento, a norma di legge, è legittimo se è sorretto da giusta

causa o da un giustificato motivo. In riferimento al licenziamento per giusta causa, la giurisprudenza dominante considera questo tipo di licenziamento di natura disciplinare, poichè riferito a comportamenti imputati a titolo di colpa al lavoratore. Il datore di lavoro non può subito licenziare il lavoratore a seguito del verificarsi di un inadempimento ma dovrà attivare l'obbligatorio procedimento disciplinare, quindi il licenziamento dovrà essere preceduto dalla "contestazione dell'addebito" garantendo un termine di difesa al lavoratore non inferiore a cinque giorni, al termine del quale si potrà poi procedere eventualmente a licenziarlo. Il riferimento è a fatti di oggettiva gravità riferibili sia alla sfera contrattuale che a quella extracontrattuale, tali da incrinare il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore. Il licenziamento nell'ambito di un contratto a tempo indeterminato può avvenire, come abbiamo sottolineato, anche per giustificato motivo, che a sua volta può essere soggettivo o oggettivo. Prendendo in esame il primo è evidente che questo tipo di licenziamento rientra, come quello per giusta causa, tra i licenziamenti di tipo disciplinare, in quanto si concretizza anche esso in un inadempimento degli obblighi contrattuali. Molto difficile distinguere il giustificato motivo soggettivo dalla giusta causa, poiché il confine tra le due fattispecie è davvero molto sottile. Nel caso di giusta causa il recesso è immediato senza obbligo di preavviso ed il lavoratore non avrà diritto all'indennità di mancato preavviso, nel secondo invece si svolgerà il preavviso e di conseguenza il lavoratore avrà diritto alla retribuzione. Nella giusta causa poi possono rientrare anche comportamenti estranei alla sfera lavorativa, quindi attinenti a quella personale, nel giustificato motivo soggettivo invece rilevano solo gli inadempimenti degli obblighi contrattuali. L'ultima ipotesi di licenziamento da prendere in considerazione riguarda il giustificato motivo oggettivo. Questo trova il proprio fondamento in motivazioni

che ineriscono l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ed il suo regolare funzionamento. L'onere della prova circa la sussistenza del giustificato motivo oggettivo è a carico del datore di lavoro e la ragione non può essere un generico ridimensionamento dell'attività aziendale ma deve sussistere una necessità effettiva di sopprimere il posto di lavoro a cui era adibito il dipendente. Il licenziamento collettivo avviene quando il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che occupi più di quindici dipendenti, intenda effettuare cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive nell'ambito del territorio della stessa provincia. I licenziamenti collettivi si distinguono da quelli individuali per la dettagliata procedura imposta al datore di lavoro come presupposto di legittimità degli stessi. La legge 223/1991 prevede due fattispecie di licenziamenti collettivi: il licenziamento collettivo per messa in mobilità ed il licenziamento collettivo per riduzione del personale. Per quanto riguarda invece il licenziamento disciplinare, esso deriva da inadempimento del lavoratore ed a seconda della gravità dei fatti addebitati questo potrà portare ad un licenziamento per giusta causa oppure ad un licenziamento per giustificato motivo, spettando al giudice di merito il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione. Solo in una serie limitata di ipotesi il datore di lavoro possa recedere senza necessità di alcuna motivazione e senza alcun tipo di formalità procedurale, parliamo del recesso ad nutum, letteralmente "con un semplice cenno". L'unica tutela minima per il lavoratore è economica, in quanto deve comunque essere osservato il preavviso. L'art. 2 della legge 604/1966 stabilisce che il licenziamento deve essere comunicato al lavoratore in forma scritta al fine di rendere certa ed univoca la volontà risolutiva del datore di lavoro ed in modo da consentire al licenziato una difesa adeguata. La Riforma Fornero ha modificato

integralmente il succitato articolo della legge 604/1966 disponendo che il datore di lavoro specifichi già al momento della comunicazione del licenziamento i motivi che l'hanno determinato; l'innovativa norma, in particolare, consente di determinare la categoria motivazionale del licenziamento e quindi la sua qualificazione come discriminatorio, disciplinare o economico, risultando essenziale ai fini della delimitazione dell'accertamento giudiziale e delle tutele applicabili. Un'altra tipologia di licenziamento illegittimo è quello discriminatorio e può derivare da discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età, riferita sull'orientamento sessuale oppure alle convinzioni personali. Il licenziamento intimato in violazione dei requisiti sostanziali e formali prescritti dalla legge è illegittimo. Gli indici di illegittimità, in particolar modo sono costituiti dalla mancanza di una causa giustificatrice che rende il licenziamento annullabile; dalla mancanza di un requisito formale, che comporta invece l'inefficacia del recesso se il licenziamento viene intimato oralmente; dalla mancata comunicazione della specificazione dei motivi che lo hanno determinato ovvero dalla sua intimazione in violazione delle procedure previste per i licenziamenti disciplinari o per giustificato motivo soggettivo. Nel 2012 il legislatore, attraverso la legge Fornero, è intervenuto sull'assetto delineato dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori determinando il superamento di una prima eterogenea fase dell'evoluzione del regime delle tutele contro il licenziamento illegittimo. Si è ritenuto di dovere perseguire una più marcata flessibilità in uscita, adeguando la disciplina del licenziamento alle nuove esigenze del mercato. Tale flessibilità in uscita avrebbe contribuito, nelle intenzioni del legislatore, a rendere il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminate quello utilizzato comunemente nel rapporto di lavoro. L'adeguamento perseguito si è

tradotto in una revisione del regime sanzionatorio di cui l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. La reintegra non rappresenta più rimedio della generale applicazione bensì una possibile forma di tutela in concorso con quella di natura economica: il sistema sanzionatorio è stato graduato in una norma che garantisce una tutela diversa a seconda della tipologia di vizio che determina l'illegittimità del licenziamento, differentemente sanzionato in ragione del giudizio di gravità operato, a priori, dal legislatore. La differenziazione delle tutele è costruita, oltre che sull'alternativa tra reintegrazione e tutela meramente risarcitoria, mediante l'attribuzione di una indennità economica più o meno consistente a seconda della maggiore o minore intensità del vizio che ha determinato l'illegittimità del licenziamento. In seguito alla Riforma Fornero, il regime sanzionatorio dell'art. 18 della legge 300/1970 è articolato su quattro livelli e cioè una tutela reintegratoria piena per le ipotesi di licenziamento nullo che prevede il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno senza determinazione ex lege di limiti massimi; una tutela reale limitata (o attenuata) per i casi di licenziamento ingiustificato più gravi, che prevede il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno fino ad un massimo di dodici mensilità; una tutela risarcitoria forte per le altre ipotesi, ossia i casi di licenziamento ingiustificato meno gravi, si tratta di quelle in cui l'autorità giudiziaria accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, oggettivo o soggettivo, ovvero della giusta causa; una tutela risarcitoria debole per i casi di licenziamento inefficaci per vizi diversi dall'assenza di forma scritta, che prevede solo il diritto del lavoratore al risarcimento del danno in misura compresa tra sei e dodici mensilità.

Il licenziamento deve essere impugnato dal lavoratore con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, entro il termine di 60 giorni dalla sua comunicazione, da effettuarsi in forma scritta, a pena di

decadenza. La mancata impugnazione del termine di 60 giorni preclude al lavoratore di agire in giudizio per ottenere la tutela prevista dalla legge. L'obbligo di impugnazione come sopra descritto si applica a tutti i casi d'invalidità di licenziamento, così come stabilito dall'art 32 della legge 183/2010, ed in particolare: nullità per mancanza di requisiti essenziali; nullità per mancanza di giusta causa; annullabilità per mancanza di giustificato motivo oggettivo; annullabilità per violazione della procedura disciplinare.

Come conclusione del lavoro, per renderlo davvero organico e completo, ho ritenuto opportuno, come già anticipato, riservare un ampio spazio al recente ed innovativo provvedimento legislativo del "Jobs Act". Esso rappresenta la riforma del diritto del lavoro promossa ed ideata dal Governo Renzi tra il 2014 e il 2015. Un processo normativo di ampio respiro che riscrive alcuni assi portanti del diritto del lavoro italiano e sfida le storiche politiche del lavoro ispirate al verbo garantistico sublimato a partire dallo Statuto dei Lavoratori del 1970. In questo periodo economico globale il Governo ha deciso di agire sulla riduzione dei costi normativi delle imprese, su una risistemazione legislativa delle varie tipologie contrattuali, diverse dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, sulla semplificazione della gestione burocratica dei rapporti di lavoro e su una razionalizzazione del sistema degli ammortizzatori sociali. L'obiettivo dell'intervento sui costi normativi e sulla liberalizzazione di alcuni poteri del datore di lavoro è stato perseguito mediante la rivisitazione di quelle che le imprese da tempo consideravano delle rigidità eccessive: la disciplina dei licenziamenti, in cui l'opzione reintegratoria, con una certa propensione culturale della giurisprudenza, ha reso nei fatti il rapporto difficilmente risolubile e forse ha rallentato la propensione occupazionale delle imprese; la disciplina dello ius variandi (art. 13 Statuto dei lavoratori), che ha

precluso al datore di lavoro margini di manovra organizzativa, inchiodando oltretutto il lavoratore alla originaria professionalità, con rischi di emarginazione dai processi di innovazione organizzativa; la normativa in tema di controllo informatico e a distanza dei lavoratori (art. 4 Statuto dei lavoratori), rimasta intatta dal 1970 e, dunque, ignara della straordinaria evoluzione tecnologica che nel frattempo ha interessato, come tutti gli altri settori della nostra società, anche gli strumenti di lavoro. Il D.lgs. n. 81/20015 ha disboscato la moltitudine di normative preesistenti e consolidato la facoltà di più agevole ricorso a talune forme contrattuali, sia pur nel quadro di alcune ribadite garanzie essenziali. Un ulteriore capitolo del “Jobs Act” è rappresentato dalle norme destinate a snellire la gestione per così dire amministrativa dei rapporti di lavoro: tra queste, quelle destinate a semplificare l'inserimento al lavoro dei disabili, a razionalizzare l'attività ispettiva, a disciplinare la formalizzazione delle dimissioni, a riordinare i Servizi per il lavoro e le politiche attive.

La tesi dei critici della riforma afferma che “il Jobs Act” determina un drastico ridimensionamento dei diritti dei lavoratori facendo cadere la base essenziale delle loro prerogative. Rispetto a queste tali perdite i vantaggi sarebbero pochi e incerti. La perdita principale riguarderebbe la disciplina dei licenziamenti, che prevede il superamento dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, con la conseguenza di accrescere significativamente la possibilità per le imprese di licenziare i propri lavoratori. La tesi dei fautori della riforma sostiene invece che esso abbia ridisegnato in chiave moderna le istituzioni del mercato del lavoro, con l'introduzione del contratto a tutele crescenti e l'ampliamento della platea e delle dimensioni dei sussidi di disoccupazione, avrà il pregio di accrescere significativamente l'occupazione. Il contratto a tempo indeterminato e le tutele crescenti è un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato diverso

rispetto a quello tradizionale, con nuovi rimedi in caso di licenziamento illegittimo, una nuova procedura di conciliazione volontaria e regole procedurali e processuali semplificate per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015. Il decreto disegna con maggiore chiarezza, rispetto alla legge 92/2012, la linea di confine tra sanzione reintegratoria e rimedio indennitario con un ulteriore spostamento a favore della seconda che diviene sostanzialmente la conseguenza naturale dei licenziamenti illegittimi irrogati per giustificato motivo oggettivo, per causale disciplinare (salvo che il fatto contestato sia inventato di sana pianta dal datore di lavoro), per carenze procedurali nonché per vizi nella procedura e nella scelta dei lavoratori in occasione dei licenziamenti collettivi. Essi propone di restituire al contratto a tempo indeterminato un ruolo primario tra le tipologie contrattuali aventi ad oggetto prestazioni di lavoro, invertendo il trend degli ultimi anni che vedeva un ricorso preponderante al contratto a termine; inversione già verificata, dal momento che alla nuova flessibilità in uscita si accompagna, per i primi tre anni, un rilevante minor costo del contratto a tempo indeterminato rispetto al contratto a termine di circa il 36%.

Il nuovo meccanismo sanzionatorio persegue inoltre l'obiettivo di consentire al datore di lavoro una preventiva certezza dei costi del licenziamento illegittimo: l'indennizzo è, infatti, commisurato a due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità, con un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità. Per quanto concerne invece i lavoratori soggetti al regime introdotto dal “Jobs Act”, questo prevede infatti una tutela reale piena (o a risarcimento pieno) per le ipotesi di licenziamento discriminatorio o nullo per espressa previsione di legge, ovvero orale, che prevede il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno, senza determinazione ex lege di limiti massimi; una tutela reale limitata (o a risarcimento

limitato) per i casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nella fattispecie in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, che prevede il diritto dello stesso alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno la cui misura, relativamente al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione, non può superare le 12 mensilità; una tutela risarcitoria forte per i residui casi di licenziamento ingiustificato che prevede il diritto del lavoratore al pagamento di un'indennità di importo pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio, in misura compresa tra 4 e 24 mensilità; una tutela risarcitoria debole nei casi di comunicazione del licenziamento senza l'indicazione della motivazione o di licenziamento disciplinare in violazione della prescritta procedura che prevede il diritto del lavoratore al pagamento di un'indennità di importo pari a una mensilità per ogni anno di servizio in misura compresa tra 2 e 12 mensilità. Il regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi disciplinato dal D.lgs. 23/2015 si applica ai lavoratori assunti con "Contratto a tutele crescenti" a decorrere dal 7 Marzo 2015, ai lavoratori assunti prima del 7 Marzo 2015, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro assumendo lavoratori successivamente a tale data abbia raggiunto il requisito occupazionale previsto della legge 300/1970, e nei casi di conversione, successiva al 7 Marzo 2015, di contratti a tempo determinato ovvero di contratti di apprendistato in contratti a tempo indeterminato. Gli altri due obiettivi che si propone il decreto legislativo sono quello di incentivazione normativa, e cioè promuovere l'accesso a soluzioni conciliative, agevolate dalla previsione di un indennizzo più ridotto e da un regime fiscale vantaggioso, ed incoraggiare la crescita delle imprese di minori dimensioni, mediante il riconoscimento, a quelle che superano la soglia dei 15 dipendenti, della nuova e più flessibile disciplina del

licenziamento, in luogo della stabilità prevista dall'art. 18.

Il già citato D.lgs. n. 81/2015, ribattezzato “codice di contratti”, persegue tra le sue finalità quelle di includere in una sorta di Testo unico le discipline dei vari contratti inerenti il rapporto di lavoro, nonché quella di un loro sfoltimento nel nome di obiettivi antielusivi. Scompaiono, infatti, il contratto di lavoro a progetto, l'associazione in partecipazione e il job sharing ma vengono confermate tutte le altre tipologie, la cui disciplina è però oggetto di rilevanti modifiche. Questo decreto modifica un altro dei caposaldi della lunga stagione garantistica del diritto del lavoro: la rigidità in tema di ius variandi del datore di lavoro, ancorata per decenni al rispetto della equivalenza professionale tra mansioni a quo e ad quem. Ancoraggio che, al cospetto del dinamismo organizzativo e tecnologico della impresa post fordista, rischiava di penalizzare, sia la capacità di adeguamento e innovazione dell'imprenditore, ma lo stesso lavoratore, a rischio di inutilizzabilità di un patrimonio professionale magari statico e superato dalla rapida evoluzione dei modelli organizzativi. L'art. 3 del decreto in questione ridisegna l'ambito dello ius variandi e delle mansioni contrattualmente dovute dal lavoratore che vengono individuati con riferimento ai livelli di inquadramento e non più nei confini della equivalenza professionale. Si tratta di un intervento di notevole impatto pratico, che rende più flessibile il lavoro subordinato anche durante il rapporto, e non solo alla sua cessazione. E' quindi perfettamente coerente con l'impianto generale del “Jobs act”. La vecchia norma, che risaliva allo Statuto dei lavoratori del 1970, era caratterizzata da una notevole rigidità che ostacolava in maniera rilevante qualsiasi processo di riorganizzazione aziendale; lo ius variandi poteva esercitarsi infatti solo tra mansioni equivalenti. La nozione di equivalenza, peraltro, è stata elaborata nel corso degli anni dalla giurisprudenza in termini restrittivi, coinvolgendo non solo il

profilo oggettivo, parità di contenuto professionale, ma anche quello soggettivo, coerenza con il bagaglio professionale acquisito. Vi era quindi un divieto assoluto di modificare in peggio le mansioni, cioè di assegnare il lavoratore a mansioni di inferiore contenuto professionale. Su questi aspetti il decreto opera significative innovazioni. Innanzitutto estende lo spazio all'interno del quale può liberamente esercitarsi il mutamento unilaterale di mansioni: non più mansioni equivalenti alle ultime svolte, ma mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento contrattuale e alla stessa categoria legale di appartenenza. Il giudice non potrà più fare alcuna valutazione di equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti, ma dovrà limitarsi ad accertare che il mutamento rimanga all'interno dello stesso livello e della stessa categoria. Ma la novità più significativa è rappresentata dalla facoltà, riconosciuta al datore di lavoro, di assegnare il lavoratore a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale. Tale facoltà può ora essere esercitata non solo quale alternativa al licenziamento, ma in ogni caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore. Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni corrispondenti al livello inferiore, purché previsti nella medesima categoria legale, possono poi essere previste dai contratti collettivi, anche aziendali. Inquadramento, categoria legale e trattamento retributivo potranno essere modificati, per adeguarli alle eventuali diverse ed inferiori mansioni, solo con il consenso del lavoratore, manifestato con accordi raggiunti nelle c.d. sedi protette. Tali accordi, che possono modificare le mansioni senza il limite della categoria e del livello di inquadramento immediatamente inferiore, dovranno essere ricollegati all'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.

Nonostante si tratti di un corposo provvedimento normativo che rappresenta, dopo tanti improduttivi dibattiti, una rivoluzione copernicana fatta in nome delle giovani generazioni, la sua entrata in vigore è stata quindi accolta dalla critica, come abbiamo sottolineato, con notevoli perplessità relative alla sua efficacia. Non a caso la scelta da parte del legislatore di flessibilizzare di più rispetto al passato il mercato del lavoro tramite la biforcazione delle tutele in caso di licenziamento appare una mossa azzardata, dal momento che si creano delle differenze e disuguaglianze poco comprensibili ed accettabili. Inoltre la differenza di tutele che si basa sulla data di assunzione ante e post 7 marzo 2015 è in realtà molto probabilmente contraria all'art. 3 della Costituzione. Un'altra riflessione critica al provvedimento risiede nella scelta del legislatore di monetizzare la tutela, per giunta al "ribasso". Questo non appare un buon compromesso per tutelare gli interessi contrapposti in gioco dal momento che rischia di tutelare soltanto gli interessi dei datori di lavoro che avranno la certezza di conoscere ex ante il "costo" del licenziamento, mettendo definitivamente ai giudici un limite al riguardo. Anche la decisione di approvare il provvedimento tramite una legge delega è apparso discutibile, dal momento che è uno strumento previsto dalla nostra Costituzione all'art. 76 con il quale si prevede, appunto, di delegare il Governo ad attuare il contenuto della stessa con dei decreti attuativi; essa è, potremmo dire, uno strumento eccezionale, da utilizzare con grande cautela ma essendo, in tutto e per tutto, una legge ordinaria dovrà naturalmente superare il vaglio di costituzionalità. Il "Jobs Act" tuttavia, non è soltanto "opera" del nostro legislatore, che non ha fatto altro che uniformarsi a ciò che l'Europa si aspettava da noi, ossia più riforme strutturali e più flessibilità sia in uscita che in entrata, nella convinzione, forse errata, che maggiore libertà di licenziamenti voglia dire sempre e comunque avere una maggiore possibilità di

occupazione. Le opposizioni allo stesso modo hanno tradotto il loro dissenso in azioni molto concrete, intraprese ad esempio dalla principale confederazione sindacale, la CGIL, con un'iniziativa referendaria finalizzata all'abrogazione in toto della nuova normativa. Proprio con riferimento a tale iniziativa alcuni hanno ritenuto che la bocciatura della legge in sede referendaria si sarebbe tradotta in una nuova battuta d'arresto per le riforme promosse dal Governo Renzi, sulla scia di quanto accaduto con la bocciatura della riforma Madia sulla pubblica amministrazione, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale. Indubbiamente riscontri inerenti l'efficacia che potrà produrre il "Jobs Act" sull'economia italiana non è ancora possibile percepirli in pieno ma, a poco più di due anni di distanza dalla sua entrata in vigore, dati oggettivi confermano che il fine della diminuzione della precarietà e quello di rendere stabilmente più appetibili per i datori di lavoro i contratti a tempo indeterminato, ossia i suoi obiettivi più sentiti e immediati, siano stati sino ad ora mancati. D'altronde è stato appurato che, sino a questo momento, il testo normativo, piuttosto che creare nuovi posti di lavoro mediante ulteriori assunzioni, ha creato soltanto delle "stabilizzazioni", tramutando un determinato numero di contratti a termine in contratti a tempo indeterminato. Proprio tale ultima circostanza ha portato taluni a ritenere che l'abolizione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e provvedimenti connessi non siano di per sé idonei a dare una svolta progressiva al mercato del lavoro ma la soluzione primaria andrebbe ricercata nell'abbassamento del cuneo fiscale del costo del lavoro, oggettivamente troppo elevato nel nostro paese.

Bibliografia

Sezione I: Testi

AA.VV., *I licenziamenti individuali e collettivi*, G. Pellacani (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013.

AA.VV., *Le novità del Jobs Act*, Toffoletto F. - De Luca Tamajo R. (a cura di), Napoli, Toffoletto De Luca Tamajo e Soci, 2015.

Barbieri M., *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, M. Barbieri - D. Dalfino (a cura di), Cacucci S.a.s., 2013.

Brollo M., *Lo jus variandi*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 54, 2015.

Carinci F. - De Luca Tamajo R. - Tosi P. - Treu T., *Diritto del lavoro*, 2. Il rapporto di lavoro subordinato, Utet 2013.

Carinci M.T., *“Il licenziamento discriminatorio o «per motivo illecito determinante» alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale”*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, 4.

Colombo A. - Rausei P. - Ripa A. - Varesi A., *Licenziamento illegittimo*, Milano, Ipsoa, 2017.

De Simone G., *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2012.

Falasca G., *Manuale di diritto del lavoro. Costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro*, Roma, Gruppo 24 Ore, 2016.

Ferraro G., *Il rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli 2005.

Garilli A. - Ghera E. - Garofalo D., *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2013.

Giordano S., *Brevi Cenni in tema di estinzione del rapporto di lavoro e risoluzione consensuale del contratto*, in Riv. Giur. Sard., 2006.

Irollo D. - Irollo G., *Compendio di diritto del lavoro*, Rimini, Maggioli 2009.

Lai P., *Il contratto di lavoro a tutele crescenti: risvolti processuali*, in Riv. Dir. Proc., 2016.

Laspina G., *Compendio di diritto del lavoro*, Padova, Primiceri Editore, 2017.

Loschiavo S., *Il licenziamento illegittimo*, in *La prova, il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009.

Mantrundola L., *I licenziamenti: aspetti formali e procedurali*, in *I nuovi licenziamenti*, N. De Marinis (a cura di), Bari, Laterza, 2012.

Marx K., *Manoscritti economico - filosofici del 1844*, N.Bobbio (a cura di), Torino, Einaudi, 1983.

Mazziotti Di Celso F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, Jovene 1982.

Menghini L., *Il contratto a tempo determinato*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 54, 2015.

Mengoni L., *Il contratto di lavoro*, Milano, Vita e Pensiero 2004.

Palmieri A., *Gli aspetti formali e procedurali nei licenziamenti prima e dopo la legge Fornero*, n. 1, in *Argomenti di diritto del lavoro*, Aprile 2013.

Pera G., *I licenziamenti individuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma 1990.

Pera G., in *Diritto del lavoro*, G. Pera - M. Papeloni (a cura di), Padova, Cedam, 1990.

Pessi R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016.

Ravera E. - Russo G., *“Il licenziamento nel rapporto di lavoro*

pubblico e privato”, Torino, Giappichelli, 2011.

Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro: Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2013.

Rossi A., *I licenziamenti disciplinari. Alla luce della Riforma Fornero e dei successivi interventi giurisprudenziali e legislativi*, Roma, Aracne, 2015.

Rotondi F., *Licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Diritto e pratica del lavoro*, Milano, Ipsoa, 2012.

Santoro Passarelli G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, Giappichelli, 2015.

Santucci R., *L'Agenzia nazionale per le politiche del lavoro*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 54, 2015

Scognamiglio R., *Commento alla legge 28 Giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013.

Staiano R., *Jobs Act. Tutte le novità dei decreti attuativi* (EBook), Fisco e Tasse, 2015.

Tatarelli M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2006.

Tiraboschi M., *L'apprendistato dopo il Jobs Act*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 54, 2015.

Treu T., *Le riforme del lavoro: una retrospettiva per analizzare il Jobs Act*, in *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 Ottobre 2015, Franco Carinci (a cura di), ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 54, 2015.

Tullini P., *Questioni interpretative in tema di giusta causa*, in *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, Cedam 1988.

Vallebona A., *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, F.P. Luiso - R.

Tiscini - A. Vallebona (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013.

Venzo E., *L'impugnazione del licenziamento alla luce del Collegato Lavoro 2010*, in *Avanguardia giuridica*, 2011.

Sezione II: Sentenze

Corte di Cassazione, 1969, n. 2165.

Corte di Cassazione, 1972, n. 3372.

Corte di Cassazione, 1974, n. 1370.

Corte di Cassazione, 14 maggio 1983, n. 3337.

Corte di Cassazione, 7 Giugno 1984, n. 3449.

Corte di Cassazione, 1986, n. 4149.

Corte di Cassazione, 1987, n. 8776.

Corte di Cassazione, 22 febbraio 1993, n. 2144.

Corte di Cassazione, 5 febbraio 1994, n. 1002.

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 1994, n. 7904.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 1999, n. 7755.

Corte di Cassazione, 12 novembre 1999, n. 12592.

Corte di Cassazione, 24 marzo 2000, n. 2463.

Corte di Cassazione, 2000, n. 14753.

Corte di Cassazione, 20 Giugno 2002 n. 9006.

Corte di Cassazione, 16 maggio 2003, n. 7717.

Corte di Cassazione, 7 Luglio 2004, n. 12508.

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 2004, n. 13526.

Corte di Cassazione, 2005, n. 1025.

Corte di Cassazione, 8 giugno 2005, n. 11936.

Corte di Cassazione, 14 giugno 2005, n. 12781.

Corte di Cassazione, 2006, n. 27464.

Corte di Cassazione, 30 marzo 2007, n. 7880.

Corte di Cassazione, 5 settembre 2008, n. 22535.

Corte di Cassazione, 3 Novembre 2008, n. 26379.

Corte di Cassazione, 2 marzo 2009, n. 5032

Corte di Cassazione, 8 febbraio 2010, n. 2734.

Corte di Cassazione, 10 marzo 2010, n. 5804.

Corte di Cassazione, 2010, n. 9700.

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 10 maggio 2010, n. 11250.

Corte di Cassazione, 3 agosto 2011, n. 16925.

Corte di Cassazione, Sez. Lav., 9 settembre 2011, n. 18523.

Corte di Cassazione, 13 febbraio 2012, n. 2995.

Corti di Cassazione, Sez. Lav., 26 Aprile 2012, n. 6498.

Corte di Cassazione, 2 agosto 2012, n. 13884.

Corte di Cassazione, 17 gennaio 2013, n. 1136.

Corte di Cassazione, 13 marzo 2013, n. 6346.

Corte di Cassazione, 6 novembre 2013, n. 24989.

Corte di Cassazione, 24 marzo 2014, n. 6845.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 settembre 2014, n. 19881.

Corte di Cassazione, 21 marzo 2016, n. 5523.

Corte di Cassazione, 7 giugno 2016, n. 11630.

Corte Costituzionale, 1965, n. 45.

Corte Costituzionale, 2000, n. 276.

Corte Costituzionale, 2002, n. 477.

Corte di Appello di Roma 09 luglio 2012.

Tribunale di Milano 8 giugno 1986.

Tribunale di Frosinone, 8 ottobre 1986.

Tribunale di Milano 4 giugno 1994.

Tribunale di Milano, 5 febbraio 2003.

Tribunale di Milano 7 Ottobre 2004.

Tribunale di Milano 27 dicembre 2012.

Tribunale di Milano, 2014, n. 6847.

Tribunale di Roma, 29 Gennaio 2015.

Tribunale di Milano, 5 Settembre 2016.

Sitografia

www.archiviolavoro.it

www.Di.elle.it

www.eur-lex.europa.eu

www.jobtel.it

[www. Treccani.it](http://www.Treccani.it)

www.wikiversity.org

[www. Questioni di giustizia.it](http://www.Questioni di giustizia.it)