

## I LICENZIAMENTI, IL GIUDICE COSTITUZIONALE E LE DODICI FATICHE DEL LEGISLATORE DEL LAVORO

Gabriele Franza

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il leone nemeo. – 2. Il cinghiale di Erimanto. – 3. La cerva di Cerinea. – 4. L’Idra di Lernia. – 5. I buoi di Gerione. – 6. Le cavalle di Diomede. – 7. Gli uccelli stinfali. – 8. Il toro di Creta. – 9. I pomi delle Esperidi. – 10. La cintura di Ippolita. – 11. La cattura di Cerbero. – 12. Le stalle d’Augia.

### *Premessa*

Nell’ordinamento costituzionale è del tutto fisiologico che l’istituzione preposta al controllo dell’esercizio della discrezionalità legislativa venga investita, anche in più occasioni e sotto diversi profili, di questioni che interessano una materia che si colloca al cuore di una intera disciplina. Invece, è un chiaro segnale di patologia il fatto che la Corte costituzionale finisca per (o, se si vuole, sia costretta a) riscrivere l’intero apparato normativo che governa quella materia, tanto per l’incapacità del decisore politico di adottare provvedimenti che soddisfino innanzitutto i principi di uguaglianza e ragionevolezza, quanto per la sua successiva inerzia rispetto ai moniti scagliati dallo stesso giudice delle leggi.

Tredici sentenze in sei anni, benché relative a due riforme coesistenti, non sono affatto poche<sup>1</sup>. Ma al di là della quantità, quel che davvero conta è che molte di quelle sentenze hanno stravolto le intenzioni legislative sui punti cardine del sistema binario delle tutele, men-

<sup>1</sup> Corte cost. 23 aprile 2018, n. 86; Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194; Corte cost. 24 giugno 2020, n. 150; Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254; Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59; Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125; Corte cost. 22 luglio 2022, n. 183; Corte cost. n. 14 ottobre 2020, n. 212; Corte cost. 22 gennaio 2024, n. 7; Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 22; Corte cost. 19 marzo 2024, n. 44; Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128; Corte cost. 16 luglio 2024, n. 129; cui *adde* Corte cost. 23 giugno 2020, n. 123, sull’art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/01.

tre preannunciano ulteriori evoluzioni interpretative, oltretutto destinate a misurarsi con l'esito dell'imminente *referendum*, annunciato per la prossima primavera.

Se è indubbio che l'intervento del giudice costituzionale, assieme a quello della giurisprudenza ordinaria, ha complessivamente rappresentato un bastione, prontamente eretto per fronteggiare il pericolo di erosione dei diritti dei lavoratori, non può tacersi che l'attuale quadro normativo rimane assai traballante.

Acquisita la consapevolezza che non tutti i licenziamenti illegittimi sono uguali, e che quindi è possibile ed anzi opportuno diversificare, non si può invece affermare che i diversi vizi che colpiscono l'atto di recesso siano attualmente contraddistinti da margini sicuri – tanto al loro interno, quanto rispetto ai confini con vizi di altro tipo – tali da consentire un'applicazione giudiziale che offra tutele certe e, al tempo stesso, rassicuri le imprese nell'ottica, propria del bilanciamento legislativo, della occupazione o perlomeno dell'occupabilità.

In effetti, l'attuale stato normativo, già caratterizzato dalle incertezze che gravitano sugli stessi presupposti di legittimo esercizio del diritto di recesso, è il frutto di una stratificazione di pronunce costituzionali che, da un lato, rispecchiano solo parzialmente il tentativo di restaurare il regime precedente alle riforme, avviato dalla giurisprudenza ordinaria; dall'altro, sono a loro volta intervenute con tempistiche scombinare, producendo condizionamenti a catena che, se hanno imposto alla Corte di mantenere una sua coerenza interna, non hanno però contribuito a dirimere le molte ambiguità emergenti dai testi legislativi.

Dopo quasi un decennio di coesistenza del doppio regime di tutela, appare dunque necessario interrogarsi su quali siano le prospettive di un plausibile rimaneggiamento della disciplina da parte del legislatore, a fronte delle indicazioni che, oltre l'impatto sul diritto positivo, provengono dal giudice costituzionale.

### 1. *Il leone nemeo*

Come il mantello del celebre leone, la tutela reintegratoria protegge il lavoratore non solo da un licenziamento illegittimo, cioè rispetto

all'interesse alla conservazione del reddito, ma già nell'esercizio di ogni altro suo diritto e dall'esercizio arbitrario dei poteri datoriali durante lo svolgimento del rapporto. Almeno nella sua originaria formulazione, quella stessa tutela era stata immaginata come cerniera tra diritti individuali e collettivi.

Tuttavia, sembra statuizione oramai cristallizzata che la reintegrazione, come tutela assoluta e perfetta, non è costituzionalmente necessitata, essendosi anche escluso che il suo fondamento normativo sia rinvenibile nell'art. 2058 c.c., rispetto al quale il rimedio lavoristico si pone quale «autonoma tecnica di tutela rispetto al paradigma della disposizione codicistica»<sup>2</sup>.

Del resto, che si tratti di tutela riparatoria in forma specifica ma di carattere speciale è comprovato dalla sua funzione sostitutiva e non alternativa a quella di diritto comune, dalla automaticità della *mora credendi* cui però accede la qualificazione dell'indennità in termini risarcitori, anche oltre l'ordine di ripristino del rapporto<sup>3</sup>, dalla facoltà di optare per un'indennità sostitutiva del diritto di riprendere il lavoro.

In ogni caso, è dato consolidato nella giurisprudenza del giudice delle leggi che il principio dell'art. 4, co. 1, Cost., va distinto dal diritto alla conservazione di uno specifico posto<sup>4</sup>, restando «affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro»<sup>5</sup>, compatibile con un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario<sup>6</sup>, purché si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza<sup>7</sup>.

Nondimeno, è un dato altrettanto inequivocabile che la reintegra, oltre il suo indiscusso valore simbolico, non solo è sopravvissuta nella prassi applicativa, ma tramite l'interpretazione giudiziale ha 'rivendicato' una capacità espansiva rispetto a patologie del recesso per le quali, invece, era stata meditatamente rimossa.

<sup>2</sup> Corte cost. n. 59/21, cit.

<sup>3</sup> Corte cost. n. 86/18, cit.

<sup>4</sup> Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45; Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

<sup>5</sup> Corte cost. 13 ottobre 2000, n. 419.

<sup>6</sup> Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303.

<sup>7</sup> Corte cost. n. 194/18, cit.

Nonostante abbia in vari modi ribadito che il sistema di protezione contro i licenziamenti illegittimi è ora basato sulla «portata tendenzialmente generale della tutela monetaria», mentre la reintegrazione risulterebbe «circostrita entro ipotesi tassative per tutti i datori di lavoro»<sup>8</sup>, la Corte costituzionale è stata un sicuro co-artefice di tale processo di rivitalizzazione di questa speciale tutela conformativa.

Si è così innestato un circolo ermeneutico piuttosto surreale, in base al quale si rifiuta l'opinione dottrinale secondo cui la reintegra deve essere la sanzione di un licenziamento illegittimo (potendosi ammettere deviazioni di carattere temporaneo solo per peculiari contingenze di politica economico-occupazionale), ma al contempo si realizza un sistema positivo in cui quella sanzione torna, in tutto o in parte ma in modo 'ontologico', al centro della scena.

Per comprendere quali spazi di manovra abbia il legislatore, la domanda essenziale non sembra più quale sia la rilevanza costituzionale da assegnare alla tutela reintegratoria, ma quali sono le coordinate offerte dal giudice delle leggi e nel cui ambito effettuare delle scelte.

La questione interessa innanzitutto i vizi di nullità, rispetto ai quali il problema non è (salvo alcune precisazioni) la conferma della reintegrazione, ma piuttosto il tipo di tutela economica da accordare nel periodo dal licenziamento all'ordine giudiziale. Poiché anche questa patologia dell'atto si diversifica in varianti, che oltretutto tendono a sovrapporsi, si tratta di stabilire se debba essere sempre garantita quella che si definisce reintegra 'piena' o, al contrario, se sia ammissibile una diversa valutazione, come lo stesso legislatore ha dimostrato di poter fare nel pubblico impiego<sup>9</sup>, nel caso del superamento del comporto<sup>10</sup> e, ad avviso della stessa Consulta, per la violazione di regole procedurali lesive del diritto di difesa del lavoratore<sup>11</sup>.

La seconda scelta, che è la più difficile sul piano dell'opportunità politica, riguarda il vizio di giustificazione. Qui si tratta innanzitutto di decidere se rimuovere la coesistenza di due regimi, basata sulla data dell'assunzione, avallata mediante l'argomento del 'fluire del tempo'

<sup>8</sup> Corte cost. n. 183/22, cit.

<sup>9</sup> Cass. SU, 28 dicembre 2023, n. 36197.

<sup>10</sup> Cass. SU, 22 maggio 2018, n. 12568.

<sup>11</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.

ma con non poche critiche dottrinali ed una ulteriore forzatura letterale per l'incremento dei requisiti dimensionali rispetto a lavoratori già assunti<sup>12</sup>.

Se così fosse, per i licenziamenti individuali occorrerebbe poi scegliere se premiare il diritto vivente attualmente applicato per la legge Fornero, che in sostanza significa tutela reintegratoria, salvo aree opinabilmente estromesse dall'art. 18, co. 4, Stat. lav., oppure il diritto appena coniato dalla Corte costituzionale per il *Jobs Act*<sup>13</sup>, in cui la tutela reale e quella monetaria dovrebbero distribuirsi in base alla diversa rilevanza degli elementi costitutivi delle fattispecie di giusta causa e giustificato motivo.

A rigore, neppure possono escludersi, a copertura di ogni ipotesi di ingiustificatezza, le due soluzioni estreme, vale a dire, da un lato, la reintroduzione della reintegra che però, benché nella sua versione 'attenuata', porrebbe problemi di tutela dell'affidamento, non solo delle imprese ma pure di ordine 'politico' rispetto al credito accordato all'Italia dalle istituzioni europee; dall'altro, la tutela meramente indennitaria, qualora si ammetta che il rilievo del «presupposto comune dell'insussistenza del fatto» appartenga, come formalmente dice la Corte, ad una preventiva e consapevole scelta del legislatore<sup>14</sup>, salvo stabilire come tale impostazione si combini con la sopravvenuta tesi della «necessaria causalità» del recesso.

Infine, occorre intervenire sui vizi procedurali, per i quali ci si può servire degli approdi del giudice di legittimità che, tuttavia, finora ha assunto una posizione univoca soltanto per alcuni profili della procedura disciplinare, restando incerta la collocazione tra i vizi minori delle molte altre ipotesi frettolosamente ricondotte a questa categoria dal legislatore di entrambe le riforme.

Il tema è pure connesso alla disciplina dei licenziamenti collettivi, in cui però la portata della procedura di informazione e consultazione è di ben diversa ampiezza, interagendo con i criteri di selezione dei lavoratori da licenziare attraverso dinamiche che – sempre nell'im-

<sup>12</sup> Corte cost. n. 44/24, cit.

<sup>13</sup> Corte cost. n. 128/24, cit.; Corte cost. n. 129/24, cit.

<sup>14</sup> Corte cost. n. 59/21, cit.

postazione della Consulta – sarebbero differenti da quelle proprie del recesso economico individuale<sup>15</sup>.

Ad ogni modo, è necessario considerare che tutte queste soluzioni sono influenzate da altri fattori, inclusi principi (art. 30, CDFUE; art. 24, CSE), strategie e regole sovranazionali (segnatamente in materia anti-discriminatoria), che oramai delineano un quadro assai più composito di quello su cui tradizionalmente si ragionava fino alla riforma del 1990. Pertanto appare imprescindibile che di questi fattori si tenga conto nella auspicabile elaborazione di una nuova regolazione della materia.

## 2. *Il cinghiale di Erimanto*

La durata del processo del lavoro non è affatto neutra rispetto alla scelta del tipo di sanzione applicabile ad un licenziamento illegittimo.

Si può dire che il processo è neutro rispetto alle pretese sostanziali, secondo l'impostazione chiovendiana poi inverata dalla riforma del 1973, anche con il rifiuto di un giudizio inquisitorio e funzionale alla sola tutela del lavoratore. Non si può dire, invece, che la sua durata eccessiva riguarda soltanto casi patologici<sup>16</sup>. È un dato oggettivo e facilmente riscontrabile che il processo del lavoro non rispetta, neanche nella sostanza e salvo ipotesi rarissime, gli stringenti termini in cui dovrebbe concludersi secondo il codice di rito. E il rilievo riguarda tutti i gradi di giudizio, con innegabili ripercussioni nell'organizzazione del lavoro a seconda dei possibili esiti intermedi.

Questo problema, ovviamente non esclusivo del diritto del lavoro, ritrae però la bestia del mito che terrorizzava l'Arcadia, perché la durata del processo ha un impatto devastante quando si ragiona di una tutela conformativa (cioè quella reintegratoria) che si definisce a 'montante progressivo', in quanto la pretesa risarcitoria, collegata all'ordine di ripristino del rapporto, poggia sullo stato di *mora credendi* (almeno) fino a quell'ordine.

<sup>15</sup> Corte cost. n. 7/22, cit.

<sup>16</sup> Corte cost. n. 303/11, cit.

Il sistema delle decadenze sostanziali, attualmente vigente per l'impugnazione del licenziamento (art. 6, l. 604/66, modificato dall'art. 32, l. n. 183/10), accelera l'introduzione del giudizio rendendo influente il regime prescrizione delle azioni di nullità e annullamento, ma non incide sulla successiva durata del processo.

Il rito Fornero è stato definitivamente soppresso e – secondo un giudizio diffuso e condivisibile – non aveva dato buona prova di sé, risolvendosi spesso in un quarto grado di giudizio e con tempistiche di poco ridotte rispetto a quelli ordinari. E ciò a prescindere dalle complicazioni tecniche emerse per la prosecuzione di questa fase sommaria nella cognizione piena.

Il nuovo art. 441-*bis* c.p.c. assegna carattere prioritario, sul ruolo giudiziale, alle controversie in cui sia domandata la reintegrazione. Ma questa soluzione, inclusiva della preventiva riqualificazione del rapporto con l'inevitabile rischio di ulteriore istruttoria, amplifica l'interesse allo svolgimento di domande in via gradata, in cui quella principale è comunque la pretesa reintegratoria. Oltre al fatto che, sotto il profilo della ragionevolezza, la soluzione mortifica la tutela contro altri illeciti datoriali soggetti alla tutela reale di diritto comune, a vario titolo riconducibili alla flessibilità (tipologica o per esternalizzazione) e, dunque, al cono protettivo dell'art. 4, co. 1, Cost.

L'incidenza del successivo art. 441-*quater* c.p.c., relativo ai soli licenziamenti discriminatori, è parziale e del tutto ipotetica, perché l'azione non è cumulabile con altre domande e preclude, oltre alla graduazione fondata su altri vizi del recesso, anche il suo svolgimento in distinto giudizio. Nel mentre, l'art. 441-*ter* c.p.c. assegna alla competenza del giudice del lavoro le controversie sull'impugnazione del licenziamento dei soci delle cooperative, dando per scontato ciò che non lo è, vale a dire che la società adotti un tale provvedimento piuttosto che la mera delibera di esclusione dal rapporto associativo.

La procedura d'urgenza è esperibile e sufficiente ad integrare il rispetto dei termini decadenziali<sup>17</sup>, ma è ovvio che poggia su circostanze fattuali ulteriori e diverse dalla semplice perdita del reddito, non avendo altrimenti senso neanche la disciplina dell'art. 441-*bis* c.p.c.,

<sup>17</sup> Corte cost. n. 212/20, cit.

sopra ricordata. Senza per questo negare che un'effettiva tutela del reddito dipenderebbe dalla celerità del processo ordinario.

L'idea che la reintegra 'attenuata' sia il rimedio decisivo contro questi problemi, calmierando l'indennizzo dovuto *medio tempore* sul tetto di una annualità<sup>18</sup>, peraltro irriducibile se il processo dura almeno quel tempo<sup>19</sup>, si basa sull'indimostrabile assunto che il lavoratore ottenga sempre ragione già all'esito di un primo grado di giudizio, ignorando le conseguenze – in termini di costi, contributivi e soprattutto occupazionali – di un esito vittorioso nei soli gradi successivi, al pari di quelle che derivano dalle varie combinazioni tra esiti giudiziali differenti. Il che alimenta sia l'interesse all'opzione per l'indennità sostitutiva, sia il contenzioso sulle condizioni circa luogo e mansioni nel caso di ripristino materiale del rapporto<sup>20</sup>.

Il legislatore del 2012, cadendo nello stesso errore, aveva provato a collegare questo rimedio sostanziale ad uno strumento processuale astrattamente munito di maggiore celerità, che sulla carta è già un osimoro rispetto ai termini dell'art. 415 c.p.c. Invece la riforma del 2015, credendo di poter ridurre quasi tutto ad un indennizzo predefinito, aveva eluso la questione, rimuovendo pure quello strumento e scambiandolo con una preventiva offerta conciliativa.

Dopo che le pronunce costituzionali hanno demolito questa impostazione, la reintegrazione non solo torna ad applicarsi, nella sua variante 'piena' e pure alle piccole imprese, per qualunque ipotesi di nullità anche virtuale<sup>21</sup>, ma è di nuovo la potenziale tutela, nella forma 'attenuata', applicabile ai licenziamenti gravemente ingiustificati del *Jobs Act*. Ne deriva che anche lo scopo dell'art. 441-*bis* c.p.c. è funestato dalla sopravvenuta giurisprudenza della Corte.

All'orizzonte, tuttavia, non si profilano rimedi alternativi al funzionamento del canale privilegiato istituito dalla disposizione processuale. Residua, semmai, la possibilità di un intervento sul contenuto dell'impugnazione stragiudiziale, che vincoli il lavoratore alle successive pretese giudiziali. Ciò che, tuttavia, imporrebbe un'attenta valuta-

<sup>18</sup> Trib. Ravenna, (ord.), 27 settembre 2023.

<sup>19</sup> Cass. 13 settembre 2019, n. 22929.

<sup>20</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 10 luglio 2024, n. 18892.

<sup>21</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.



zione nella prospettiva dell'art. 24, Cost., come d'altronde già dimostrano le letture restrittive affermatesi per lo stesso regime delle decadenze applicato ad altre fattispecie. Ed ora con la rimessione alla Corte costituzionale del problema dell'impedimento ad evitare la decadenza dell'art. 6, l. n. 604/66<sup>22</sup>.

Di contro, andrebbe evidenziato che in altri ordinamenti i termini per l'impugnazione giudiziale del licenziamento sono molto più contenuti e, ciò nonostante, non sembrano contrastare con la garanzia della tutela giurisdizionale, come sembra ricavarsi, almeno *a contrario*, dalla più recente giurisprudenza euro-unitaria<sup>23</sup>.

### 3. *La cerva di Cerinea*

Tra le reazioni indirette della giustizia ordinaria alla diversificazione delle tutele, la questione della prescrizione dei crediti retributivi riveste senz'altro una posizione prioritaria, essendo legata alla protezione di un diritto fondamentale che, tra l'altro, interferisce con l'incremento del contenzioso e, quindi, con le finalità acceleratorie dei giudizi sui licenziamenti appena esaminate.

Il problema del decorso della prescrizione è stato risolto dalla Cassazione (peraltro in termini di decorrenza originaria dalla cessazione del rapporto, e non di sospensione, con conseguenze applicative rilevanti pure per il quinquennio antecedente alla entrata in vigore della legge n. 92/12) attraverso la rilettura dei precedenti costituzionali<sup>24</sup>, appunto in combinazione alle due riforme 'sostanziali'<sup>25</sup>.

Questa soluzione, rovesciando quella per decenni applicata nei confronti delle imprese maggiori, si àncora alla necessità di una predefinita e generalizzata garanzia conformativa, ritenuta indispensabile a scongiurare il *metus* del lavoratore. In questa prospettiva, l'interpretazione sopravvenuta si legava pure all'approccio della giuri-

<sup>22</sup> Cass. 5 settembre 2024 (ord.), n. 23874.

<sup>23</sup> Corte giust. UE, 27 giugno 2024, C- 284/23, *TC*.

<sup>24</sup> Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63; Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143; Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174.

<sup>25</sup> Così da Cass. 6 settembre 2022, n. 26246.

sprudenza costituzionale nel senso, già riferito, della natura tendenzialmente recessiva della tutela reintegratoria nel sistema vigente.

Sotto il primo aspetto l'argomentazione resta dibattuta, anche in forza della osservazione, per quanto incidentale, spesa dalla Consulta in altra circostanza ed in base alla quale la prescrizione decorre in corso di rapporto «eccetto che nei casi in cui al datore di lavoro non incombe alcun obbligo di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato»<sup>26</sup>.

Peraltro, neppure è chiaro quale debba essere il tipo di reintegrazione accordata, vale a dire se sia indispensabile quella propria delle nullità, che colpisce l'atto ritorsivo, anche qualora non assicuri l'integrale copertura del danno *medio tempore* come accade per l'impiego pubblico<sup>27</sup>; ovvero se sia sufficiente quella propria del vizio di ingiustificatezza, ove fosse garantita a copertura di ogni patologia propria di tale vizio.

Quanto all'altro profilo, è oramai evidente che nel regime Fornero la reintegrazione non può più considerarsi recessiva, tanto nel caso del licenziamento disciplinare, in cui rileva l'interpretazione delle clausole elastiche della fonte collettiva<sup>28</sup>, quanto nel caso del motivo oggettivo, in cui è sufficiente la violazione dell'obbligo di ripescaggio<sup>29</sup>.

Pertanto occorrerebbe almeno investire della questione il giudice delle leggi, per stabilire se, in uno ai vizi realmente procedimentali, le aree di ingiustificatezza tuttora sottratte a detta tutela (identificabili, in buona sostanza, nelle condotte gravemente illecite ma inidonee ad integrare, in concreto, gli estremi del notevole inadempimento e, rispettivamente, nei casi di violazione dei criteri di scelta tra lavoratori con mansioni omogenee) permettano comunque di riaffermare l'esistenza di un *metus* del lavoratore in corso di rapporto. Per inciso, già in questa prospettiva si intravedono squilibri tra le due fattispecie giustificative del recesso.

Nonostante le ultime due pronunce costituzionali, la situazione resta differente per il *Jobs Act*, sicché per questo regime – o per uno fu-

<sup>26</sup> Corte cost. 7 novembre 2006, n. 354.

<sup>27</sup> Cass. SU, n. 36197/23, cit.

<sup>28</sup> Da Cass. 11 aprile 2022, n. 11665.

<sup>29</sup> Da Cass. 2 maggio 2018, n. 10435.

turo che si allineasse a tale disciplina – appare indispensabile l'intervento legislativo, come sollecitato da buona parte della dottrina. Si tratta però di catturare un istituto 'sacro' e 'sfuggente', inseguendone l'evoluzione normativa e giurisprudenziale come Ercole rincorreva la cerva consacrata ad Artemide.

Anche rispetto ad una specifica normazione, infatti, rimane controversa la soluzione tecnica, che per alcuni dovrebbe ripristinare il decorso della prescrizione in vigenza di rapporto, con l'evidente rischio di investire comunque la Consulta della questione, mentre per altri andrebbe piuttosto ridotta la durata del termine quinquennale, confermandone la decorrenza dalla estinzione del vincolo obbligatorio.

In proposito, è stata anche prospettata la possibilità di ricorrere ad una sorta di certificazione annuale dello stato dei pagamenti, sulla scorta del modello tedesco. Tuttavia questa tecnica, di indubbio interesse, oltre ad incontrare pronosticabili resistenze delle organizzazioni di rappresentanza, presupporrebbe un preventivo e radicale mutamento, non solo di cultura aziendale, ma innanzitutto di contrasto al lavoro sommerso, soprattutto nella sua variante del lavoro 'grigio'. Altrimenti risolvendosi in una diversa applicazione della tecnica di prescrizione presuntiva, che appunto opera a mo' di presunzione di pagamento ma soltanto per i crediti del lavoratore che siano incontestati.

#### 4. *L'Idra di Lernia*

L'Idra era un mostro con nove teste, che se tagliate ricrescevano. In tema di vizi di nullità, il d.lgs. n. 23/15 aveva provato a stroncare un analogo fenomeno, ma la Corte costituzionale ha parificato la disciplina delle due riforme, includendo pure nel *Jobs Act* i casi di nullità virtuale<sup>30</sup>.

Allo stato, ed al netto del dibattito sul divieto temporaneo di licenziamento introdotto per la pandemia, l'unica differenza dovrebbe riguardare l'esclusione dei dirigenti (per i quali la *querelle* sul divieto

<sup>30</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.

‘pandemico’ è giunta al vaglio costituzionale<sup>31</sup>) dalla tutela dell’art. 2, d.lgs. n. 23/15, corroborata dalla esplicita estensione a tale categoria della disciplina del solo art. 3, l. n. 108/90, cioè per le discriminazioni.

L’ampliamento della gamma dei vizi di nullità per la riforma del 2015 è apparso indispensabile – anche in una logica di graduazione delle tutele rispetto alla coesistenza di due discipline e al processo di transizione verso la seconda – per riaffermare la «complessiva adeguatezza» dell’apparato protettivo pure in un sistema centrato sul rimedio indennitario per l’ingiustificatezza del recesso<sup>32</sup>.

Nondimeno, la attuale articolazione interna dei vizi di nullità continua a rivelarsi inafferrabile, innanzitutto per la distinzione tra il licenziamento discriminatorio e quello basato su un motivo illecito determinante.

Secondo l’impostazione del diritto vivente, la essenziale differenza andrebbe rinvenuta nella rilevanza oggettiva della discriminazione, tale da prevalere, salvo una prova contraria di imperscrutabile contenuto, perfino sulla giustificazione del recesso, che è invece ritenuta preclusiva dell’attribuzione di un carattere «determinante» ad altri motivi.

È plausibile che, per pervenire a tale esito, la ritorsione sia stata meditatamente sottratta all’area della discriminazione, a cui, con itinerario opposto, era stata ricondotta quando, a seguito della riforma del 1990, occorreva estendere il regime delle nullità, peraltro in un quadro ancora non governato dalle direttive euro-unitarie nn. 2000/43 e 2000/78 e dall’art. 21 della Carta di Nizza.

Il punto, tuttavia, è che l’intento ritorsivo costituisce la essenziale (se non quasi l’unica) ipotesi di motivo illecito, che da un lato può integrare esso stesso un fattore discriminatorio, perfino tipizzato come nel caso della segnalazione degli illeciti (art. 4, l. n. 604/66, come modificato dal d.lgs. n. 24/23); dall’altro, si apre alla rilevanza di qualunque elemento fattuale, contro la ricostruzione del divieto di licenziamento basato su «determinati» presupposti, predicata dal giudice delle leggi per cercare di allinearsi alla giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla nullità del negozio per violazione di norma imperativa<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cass. 29 maggio 2024 (ord.), nn. 15025 e 15030.

<sup>32</sup> Corte cost. n. 7/24, cit.

<sup>33</sup> Cass. SU, 15 marzo 2022, n. 8472.

A sua volta, l'ultima impostazione interagisce, sul piano dei confini esterni della patologia in esame, con le ipotesi di grave ingiustificatezza del recesso, a maggior ragione se prospettate in termini di violazione della «necessaria causalità» dell'atto, la cui consistenza presuntiva, ai fini del *quid pluris* necessario per accertare un motivo illecito determinante, ha tutt'altra valenza di quella che è possibile rinvenire nella sola assenza di una valida giustificazione.

Un sistema così congegnato, icasticamente rappresentato con l'immagine dei 'vasi comunicanti', finisce per assegnare alla ripartizione degli oneri probatori un ruolo concettualmente prioritario rispetto a fattispecie aperte, inclusa quella discriminatoria stante l'ampliamento, non solo esegetico, della lista dei relativi fattori. Il che si riflette su tutti i temi già esaminati, incidendo sulla valenza della ritorsione ai fini del decorso della prescrizione e sulla graduazione delle domande in giudizio, con impatto notevolissimo pure nel contesto delle piccole imprese.

Non è più possibile demandare la soluzione di queste problematiche alla sola interpretazione giurisprudenziale, affidandosi al rinvio all'art. 1345 c.c., nella sua forzatura giuslavoristica al negozio unilaterale, ovvero all'inciso – presente in entrambe le riforme – secondo cui i vizi di nullità rileverebbero «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». Quest'ultimo, comunque, resta cosa diversa dal motivo accertato giudizialmente.

In questo quadro, ci si può perfino chiedere se – nonostante l'evoluzione storica della materia, le premesse sul carattere non necessitato della reintegrazione ed il bilanciamento costituzionale del diritto al lavoro con la libertà di impresa – sul piano dogmatico non sia ormai inevitabile ricostruire tutta la disciplina dei licenziamenti sulla cifra della nullità dell'atto, soggetta a deroga nei soli casi previsti dal legislatore, tanto nel senso della sottrazione a tale regime, quanto nel senso della sola diversificazione degli effetti rispetto a quelli ordinariamente propri dell'atto nullo.

Diversamente, poiché nel 2015 la *voluntas legis* si era espressa in senso opposto, circoscrivendo perfino i vizi di nullità e comunque muovendo da una differente impostazione per i vizi di ingiustificatezza dell'atto, è lo stesso legislatore che deve farsi carico di sciogliere i nodi sopra evidenziati.

La base di partenza è indubbiamente costituita dal problema della rilevanza oggettiva della discriminazione, che può essere confermata senza però ignorare che la disciplina euro-unitaria, intervenendo in un ambito assai più ampio di quello relativo alle «condizioni di licenziamento», esige l'introduzione di agevolazioni probatorie, ma non esclude sanzioni, purché effettive, di carattere risarcitorio, che in effetti sarebbero praticabili non solo in cumulo con una tutela reintegratoria 'attenuata', ma perfino nel caso di un recesso che risultasse validamente giustificato.

Di contro, c'è da chiedersi se sia ancora utile preservare la distinzione tra un motivo illecito determinante (anche nella sua variante della frode alla legge, semmai prospettabile in casi connotati da un'operazione negoziale complessa, come può accadere per il secondo licenziamento<sup>34</sup>) ed un recesso «privo di causa», cioè basato su un fatto insussistente, occorrendo piuttosto definire l'esatto contenuto di quest'ultima espressione.

Infine, neppure può essere trascurato che l'evoluzione sociale altera anche l'approccio agli storici divieti di licenziamento. Ad esempio, l'idea che per quello 'a causa' di matrimonio, peraltro opinabilmente circoscritto alla lavoratrice<sup>35</sup>, si debba prescindere dalla precedente convivenza stabile ed accertabile alle condizioni di legge<sup>36</sup>, sembra contrastare, neanche troppo latamente, con i più recenti approdi dello stesso giudice costituzionale<sup>37</sup>.

##### 5. *I buoi di Gerione*

Il problema della giustificazione del licenziamento è stato esemplarmente spiegato alla luce della teoria dei 'macro-motivi', cioè degli ambiti concettuali presupposti alle fattispecie, spettando poi al legislatore la individuazione degli elementi costitutivi che muniscano le sin-

<sup>34</sup> Cfr., ad es., Cass. 14 ottobre 2021, n. 28175.

<sup>35</sup> Cass. 12 novembre 2018, n. 28926.

<sup>36</sup> Cass. 22 maggio 2024, n. 14301.

<sup>37</sup> Corte cost. 25 luglio 2024, n. 148.

gole fattispecie di adeguata funzione selettiva per la giustificazione o meno del recesso.

Questi ambiti emergono non solo dall'esperienza comparativa, ma già dall'art. 24 della Carta sociale europea, riguardando un valido motivo che sia «legato» alle attitudini o alla condotta dei lavoratori, oppure sia «basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio». Anche se poi, quando si forza il termine «necessità», ci si muove già sul piano della selezione, e ci si espone alla critica di chi rileva che la versione inglese dice solo “based”.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge Fornero era stata immediatamente colta l'influenza che lo spacchettamento delle tutele avrebbe esercitato sulla stessa interpretazione delle fattispecie giustificative. Peraltro, poco dopo l'adozione del *Jobs Act* quella del motivo oggettivo subiva anche il chiarimento nomofilattico della giurisprudenza di legittimità, nient'affatto scontato<sup>38</sup>.

Tuttavia, il problema più spinoso si collocava a monte della definizione delle condizioni di valido esercizio del diritto di recesso datoriale. Infatti, l'introduzione di una tutela esclusivamente indennitaria per il motivo oggettivo esacerbava l'interesse (inteso come convenienza) dell'impresa nella scelta del tipo di licenziamento, anche qualora certamente illegittimo, aggirando proprio la tematica della sua collocazione nei 'macromotivi'.

Occorreva, quindi, evitare sbilanciamenti e ripristinare una simmetria normativa tra le due tipologie di licenziamento, che ben può essere rappresentata dall'idea del carro trainato dalla coppia di buoi.

Questo problema era stato risolto dalla Corte per il motivo oggettivo della legge Fornero, attraverso la eliminazione del potere giudiziale di reintegra, trasformato in dovere<sup>39</sup>, e della qualifica dell'insussistenza del fatto come «manifesta»<sup>40</sup>. Nel mentre, come già ricordato, l'attrazione nella reintegra della violazione delle clausole elastiche dei contratti collettivi riferite al potere disciplinare completava la relazione 'a specchio' con il licenziamento economico, già segnato

<sup>38</sup> Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201.

<sup>39</sup> Corte cost. n. 59/21, cit.

<sup>40</sup> Corte cost. n. 125/22, cit.

dall'inclusione del ripescaggio tra gli elementi del fatto posto alla base del g.m.o.

A parità di interpretazione della giurisprudenza di legittimità, la stessa operazione non era ipotizzabile per il *Jobs Act*, a pena di rendere identiche le discipline delle due riforme, oltretutto contro le intenzioni del legislatore, appena avallate per i licenziamenti collettivi e l'incremento dei requisiti dimensionali dell'impresa.

Dall'*impasse* si sarebbe potuti uscire riaffermando la legittimità della tutela indennitaria, ma a condizione di incentrarla su una quantificazione dell'indennizzo dotata di reale forza dissuasiva, e dunque ben maggiore di quella registrata nella prassi giudiziaria, ancora vincolata alla prevalenza del criterio dell'anzianità di servizio, secondo quanto incautamente affermato dalla Corte nel trattare i vizi procedurali<sup>41</sup>. D'altronde, in dottrina non mancavano argomenti a sostegno della scelta di confermare la tutela reintegratoria per il solo caso del licenziamento per colpa fondato su un fatto privo di rilevanza disciplinare.

Invece il giudice delle leggi ha preferito 'inventare' una sua disciplina, fondandola sulla rilevanza, ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria, del «fatto materiale» del g.m.o., in quanto costitutivo della «necessaria causalità» del recesso ma non inclusivo del *repêchage*<sup>42</sup>, ed al contempo, sempre allo scopo di escludere asimmetrie, sulla rilevanza attribuibile alle sole infrazioni tipizzate dai contratti collettivi<sup>43</sup>.

Poiché questo regime è quello destinato a rimanere in vigore, salvo vittoriosi esiti referendari, non si può fare a meno di osservare che – al netto della ricostruzione dogmatica e argomentativa – le soluzioni offerte non sembrano comunque, per diverse ragioni, in grado di garantire una effettiva tenuta simmetrica del sistema delle tutele.

Per il motivo oggettivo la questione è interna alla fattispecie legale, non essendo affatto chiaro cosa includa la nozione di «fatto materiale», inopinatamente esemplificato nella «soppressione del posto di lavoro». Si ripropongono così, sul versante delle tutele, i dubbi già emersi sulla capacità selettiva della fattispecie giustificativa, epurata dal presupp-

<sup>41</sup> Corte cost. n. 150/20, cit.

<sup>42</sup> Corte cost. n. 128/24, cit.

<sup>43</sup> Corte cost. n. 129/24, cit.



sto della situazione di crisi aziendale non contingente e, in realtà, ancora rispondente alla logica della *extrema ratio* soltanto e proprio grazie alla funzione assegnata al ripescaggio, oltretutto esteso alle mansioni inferiori.

Per il motivo soggettivo, al contrario, le perplessità attengono all'elemento esogeno rappresentato dalla capacità di tipizzazione della contrattazione collettiva, che però, muovendosi in tutt'altro quadro normativo, nel tempo ha dimostrato di saper elaborare previsioni specifiche e nominate soprattutto per condotte che integrano i presupposti del licenziamento, vale a dire irrilevanti ai fini che interessano se si prescinde dalle clausole elastiche collegate a sanzioni conservative.

Non è per nulla scontato, dunque, che le ultime statuizioni della Corte siano in grado di riequilibrare, anche solo rispetto a ciascun settore produttivo, i due corni dell'obbligo di giustificazione.

Sicché l'intervento del legislatore appare addirittura inevitabile, qui a cominciare dal precetto del motivo oggettivo, la cui specificazione risulta indispensabile – se si vuole mantenere questa distribuzione delle tutele, secondo la gravità della ingiustificatezza – per definire la consistenza del «fatto materiale» che, nella logica della Consulta, dovrebbe corrispondere a quella del «fatto materiale contestato».

## 6. *Le cavalle di Diomede*

Dall'entrata in vigore della riforma del 2012 le fattispecie del licenziamento per inidoneità (ora disabilità) fisica o psichica e per superamento del periodo di comportamento imperversano, con la 'ferocia' delle due giumente del mito, tagliando trasversalmente i vizi di nullità e quelli di ingiustificatezza.

La legge Fornero equipara queste tipologie di licenziamento, ove illegittimo, a quelli gravemente ingiustificati (art. 18, co. 7, Stat. lav.), anche se poi le Sezioni Unite hanno sostenuto, per la seconda, che trattasi di nullità per contrasto con l'art. 2110 c.c., sebbene al legislatore non sia precluso di optare per una tutela reintegratoria 'attenuata'.

Invece il *Jobs Act*, mentre riconduce il solo licenziamento per disabilità, pur concepito quale motivo di giustificazione, alla tutela reintegratoria 'piena' (art. 2, co. 4) propria degli altri vizi di nullità, niente

stabiliva per il comparto. Della lacuna si è fatta carico la Corte costituzionale, menzionando tale ipotesi tra quelle rientranti nelle nullità virtuali<sup>44</sup> e dunque, in assenza di previsioni in deroga, anch'essa soggetta alla tutela reintegratoria 'piena'.

In un quadro così articolato, plausibilmente irragionevole anche rispetto all'argomento del 'fluire del tempo', si è sovrapposta la tematica della disabilità quale fattore discriminatorio, agganciata alla tecnica degli accomodamenti ragionevoli dell'art. 3, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/03, ed ovviamente esasperata, rispetto alla materia dei licenziamenti, dall'incertezza su cosa debba, *ex post*, considerarsi irragionevole.

Quasi per paradosso, la questione ha però interessato più il recesso per eccessiva morbilità che quello nominalmente incentrato sul concetto di disabilità.

Per quest'ultimo, infatti, esiste una articolata disciplina procedurale, che adesso viene estesa oltre il caso dell'aggravamento dello stato di salute, applicandosi anche alle variazioni dell'organizzazione di lavoro e, nello specifico, a quelle che determinano la soppressione del posto cui era addetta la persona disabile. In entrambi i casi, occorre rispettare integralmente le previsioni della legge n. 68/99, inclusa quella che impone l'accertamento, ad opera della commissione medica, della definitiva impossibilità di reinserimento del disabile all'interno dell'azienda anche attraverso i «possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro» (art. 10, co. 4)<sup>45</sup>. Pertanto questa disciplina prevale su quella del d.lgs. n. 81/08 e sugli accertamenti demandati alle competenze del medico aziendale<sup>46</sup>.

Tacendo il fatto che il giudice non è vincolato neppure all'accertamento sanitario della commissione medica<sup>47</sup> e che l'inidoneità totale può essere superata dalle cure (ma qui trattasi di problema di acquiescenza rispetto a recesso non tempestivamente intimato)<sup>48</sup>, sarà importante capire quale impatto potrà avere, sull'impostazione appena riferita e le relative verifiche, la nuova disciplina introdotta dall'art. 17,

<sup>44</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.

<sup>45</sup> Cass. 2 luglio 2024, n. 18094.

<sup>46</sup> Cass. 28 aprile 2017, n. 10576.

<sup>47</sup> Cass. 29 ottobre 2021, n. 30932; Cass. 21 marzo 2018, n. 7065.

<sup>48</sup> Cass. 17 gennaio 2024, n. 1794.

d.lgs. n. 62/24 e, in particolare, la rilevanza attribuibile al diritto del lavoratore di chiedere l'adozione di accomodamenti ragionevoli, anche formulando proposte.

Sullo sfondo, resta la questione – prospettata in dottrina in termini di «scomposizione» ed incidentalmente riferita dalla Cassazione<sup>49</sup> – della potenziale discriminazione derivante dalla mancata adozione di tali accomodamenti, con conseguenze non irrilevanti rispetto alle tutele garantite dalla legge Fornero.

Di tutt'altro tenore è l'evoluzione che si è registrata per il superamento del rapporto, in cui la disabilità si è legata, secondo un complicato e variabile rapporto di causa-effetto, alla nozione di malattia, che peraltro appare tutt'ora irriducibile alla definizione di «duratura compromissione», identificativa della «condizione di disabilità» (art. 2, co. 1, lett. a) ed e), d.lgs. n. 62/24).

Il recesso per eccessiva morbilità è contrassegnato da una serie di percorsi giurisprudenziali su profili (obblighi di comunicazione, sistemi di calcolo, relazione con il godimento delle ferie e con gli infortuni e le malattie professionali) che da tempo richiederebbero un consolidamento legislativo.

Alla contrattazione collettiva è invece affidata, in forza del rinvio dell'art. 2110 c.c., innanzitutto la fissazione della durata del diritto alla conservazione del rapporto. In quest'opera, le organizzazioni sindacali si fanno tradizionalmente carico delle ipotesi (malattie continuative di lunga durata, cure oncologiche, ricoveri ospedalieri perfino di breve durata) idonei a giustificare, in tutto o in parte, l'espunzione dei relativi periodi dal calcolo del rapporto. Come è stato condivisibilmente rilevato, queste previsioni già si collocano nella logica di una soglia di protezione che eccede quella di una morbilità 'ordinaria' e statisticamente accertabile<sup>50</sup>.

Senonché, ad avviso della Cassazione tutto ciò non basterebbe ad evitare una discriminazione qualora la malattia sia imputabile alla disabilità, a meno che il contratto collettivo non preveda apposite tutele di (ulteriore) miglior favore, idonee a sopperire a tale svantaggio<sup>51</sup>. La

<sup>49</sup> Cass. 9 marzo 2021, n. 6497; Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896.

<sup>50</sup> Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024, ord. *ex art.* 267 TFUE.

<sup>51</sup> Cass. 31 marzo 2023, n. 9095; Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747.

conseguenza sarebbe imposta da una statuizione del giudice euro-unitario, rispetto alla quale – dice ancora la Cassazione – non rilevarebbe, ai fini dell’applicazione nell’ordinamento nazionale, che si controvertesse su un composto di brevissima durata e previsto direttamente dalla fonte legale spagnola<sup>52</sup>.

A prescindere dal rilievo per cui lo svantaggio della persona con disabilità deve essere “particolare”, come stabilisce la stessa direttiva n. 2000/78, continua a destare perplessità perlomeno la circostanza che il datore di lavoro non possa conoscere preventivamente l’esistenza del legame tra malattia e disabilità, se non addirittura l’esistenza di tale ultima condizione.

Alcune più recenti pronunce accennano, timidamente, ad un onere di cooperazione del lavoratore in questo senso<sup>53</sup>, comunque rigettando la tesi, che appare fuori dal quadro costituzionale, della necessaria espunzione di ogni periodo così identificato dal calcolo della malattia in assenza di apposite regole contrattuali<sup>54</sup>.

Ma sarebbe estremamente opportuno che il legislatore regolasse queste condotte, anche perché collegate alla possibilità di attivare quegli accomodamenti ragionevoli che non possono essere concepiti soltanto come pretesa (oltretutto definita «sussidiaria» dal d.lgs. n. 62/24) al pieno godimento dei diritti (pure) nello svolgimento del rapporto di lavoro.

## 7. *Gli uccelli stinfali*

Nell’illusione di risolvere ogni altra questione, sia la riforma del 2012 che quella del 2015 hanno predisposto una disciplina *ad hoc* e complessiva per i cosiddetti vizi procedimentali, includendovi la violazione della procedura dell’art. 7 Stat. lav., quella dell’art. 7. L. n. 604/66 (modificato dalla legge Fornero e applicabile solo ai licenziamenti di detta disciplina) e del requisito di motivazione dell’art. 2, co. 2, l. n. 604/66. Quest’ultimo è stato modificato, sempre dalla legge n.

<sup>52</sup> Corte giust. UE, 18 gennaio 2018, C- 270/16, *Ruiz Conejero*.

<sup>53</sup> Cass. 22 maggio 2024, n. 14316; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402.

<sup>54</sup> Cfr., ad es., App. Napoli, 17 gennaio 2023, n. 126.

92/12, prevedendo la contestualità della comunicazione dei motivi, con la eliminazione della tecnica della comunicazione a richiesta del lavoratore.

L'approccio era quindi basato sulla generalizzazione di un modesto rimedio indennitario per vizi aprioristicamente ritenuti meno gravi, sul modello dei sonagli con cui Ercole scacciava tutti gli uccelli carnivori che infestavano il lago Stinfalo.

La Corte costituzionale è stata investita del solo problema relativo alla predeterminazione dell'indennizzo dovuto, ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 23/15, in caso di violazione della procedura disciplinare, e si è dunque limitata ad estendere – nei limiti del tetto di dodici mensilità – il ragionamento sulla necessaria personalizzazione del danno, inaugurato dalla sentenza stipite del 2018<sup>55</sup>.

Tuttavia, la tematica era subito apparsa più articolata, occorrendo declinare le varie patologie, formalmente riconducibili all'area procedimentale, alla luce del diritto di difesa del lavoratore, pure in relazione alla tutela della posizione di affidamento, e più in generale del suo diritto di azione giudiziale.

La giurisprudenza di legittimità è intervenuta soprattutto in ambito disciplinare, cominciando col sottrarre al vizio procedimentale il caso del mancato svolgimento della relativa e preventiva procedura, equiparato alla insussistenza del fatto<sup>56</sup>, al pari della violazione del principio di immutabilità dei motivi, sempre in quanto non preventivamente contestati<sup>57</sup>.

Anche la violazione della regola di tempestività della contestazione, che è intesa quale elemento esterno alla condotta disciplinarmente rilevante ma comunque attiene alla «interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto», integrerebbe un vizio di ingiustificatezza del recesso, ma qui non aggravata, con riconduzione al corrispondente (benché più favorevole) rimedio indennitario<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Corte cost. n. 150/20, cit.

<sup>56</sup> Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745.

<sup>57</sup> Cass. 24 febbraio 2020, n. 4879.

<sup>58</sup> Cass. SU, 27 dicembre 2017, n. 30985.

Dopo alcuni contrasti, sembra invece prevalsa la natura effettivamente procedimentale dei vizi consistenti nella mera violazione dei termini fissati dal contratto collettivo per la contestazione<sup>59</sup> ed anche per l'intimazione del recesso<sup>60</sup>, ovviamente – come sembra inevitabile – a condizione che non ricorra anche un ritardo notevole e ingiustificato, tale da pregiudicare la difesa del dipendente e perpetuare l'incertezza sulla sorte del rapporto.

Un legislatore accorto dovrebbe almeno codificare questi esiti, o definirli diversamente nei limiti del rispetto delle garanzie costituzionali. Neppure sarebbe inutile una comparazione col modello del pubblico impiego, che peraltro – seppur con rigore draconiano – dimostra la possibilità di tipizzare per via legale anche molte condotte rilevanti ai fini del giudizio di sproporzione (benché, va precisato, in forza di sanzioni conservative di lunga durata che non sembrano praticabili nell'impiego privato).

Il grande problema riguarda, però, la violazione del «requisito di motivazione» previsto dal novellato art. 2, co. 2, l. n. 606/66, che inevitabilmente interessa il motivo oggettivo, in quanto non preceduto dalla contestazione dell'addebito.

Sarebbe intanto opportuno che una comunicazione non contestuale a quella del recesso venisse espressamente qualificata come vizio procedimentale. D'altra parte, qui non si pone un problema di tempestività rispetto all'estinzione (di fatto) del rapporto, che è già stata comunicata, quanto piuttosto di diritto all'azione giudiziale.

Poiché, allo stato, la decadenza dall'impugnazione stragiudiziale decorre dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale (art. 6, co. 1, l. n. 604/66), potrebbe ad esempio specificarsi che, in difetto di tale comunicazione entro il termine di sessanta giorni dalla sola comunicazione del licenziamento, di per sé già impugnabile, la tutela applicabile è quella prevista per la assoluta mancanza di giustificazione.

L'alternativa sarebbe l'introduzione, per il *Jobs Act* ed in sostituzione dell'offerta conciliativa, della preventiva procedura dell'art. 7, l. n. 604/66, da avviare con comunicazione, a carico dell'impresa, che è

<sup>59</sup> Cass. n. 23 giugno 2023, n. 18070.

<sup>60</sup> Cass. 21 aprile 2023, n. 10802; conforme Cass. 16 agosto 2016, n. 17113. *Contra* Cass. 3 settembre 2018, n. 21569.

necessariamente comprensiva della indicazione dei motivi per cui si 'intende' licenziare per g.m.o. E andrebbe quindi precisato che, in assenza di tale requisito, la Direzione territoriale competente non può dare corso alla procedura.

I problemi non finiscono qui, perché è tuttora incerto il grado di specificazione che deve essere assolto con la comunicazione dei motivi. Per quello oggettivo, è stato affermato che le ragioni di inutilizzabilità *aliunde* sarebbero un elemento implicito, da provare direttamente in giudizio<sup>61</sup>. Ma almeno per una pseudo-motivazione, che ricalchi la formula di legge, o per una motivazione che risulti già palesemente insufficiente, precludendo un'istruttoria su fatti neppure ricavabili dall'atto di recesso, dovrebbe applicarsi la tutela propria dell'insussistenza del «fatto materiale». Del resto, si tratterebbe di ipotesi che, secondo la originaria formulazione della legge Fornero, avrebbero integrato la nozione di «manifesta» insussistenza.

## 8. *Il toro di Creta*

Nell'ambito dei licenziamenti *lato sensu* economici, la peculiarità di quelli collettivi dipende (anche storicamente) dalla loro originaria esclusione dalla legge n. 604/66, e poi dalla sopravvenuta regolazione sovranazionale che, perseguendo finalità anticoncorrenziali e di competitività delle imprese, ha finito per distinguerli nettamente da quelli individuali anche se plurimi.

L'accentuazione del profilo procedimentale in luogo di quello sostanziale (cioè delle ragioni della riduzione collettiva del personale, pur indicate nella legge n. 223/91) ha indotto a concentrare l'attenzione, oltre che sulla violazione delle procedure di informazione e consultazione – ben distinta dai vizi procedimentali dei licenziamenti individuali, ed infatti ricondotta alla tutela sostanziale da ingiustificatezza, peraltro col dubbio della completa omissione di tali obblighi<sup>62</sup> – anche e soprattutto sulla violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da li-

<sup>61</sup> Cass. 7 marzo 2019, n. 6678; Cass. 6 agosto 2020, n. 16795.

<sup>62</sup> Trib. Roma, 12 ottobre 2021, in *RGL Newsletter*, 2022, 3.

enziare. Infatti, è tale patologia che è sanzionata diversamente (cioè, non solo con diverse soglie edittali) dalle due riforme.

In proposito, la questione della parità di trattamento tra coloro che godono della tutela reintegratoria dell'art. 18, co. 4, stat. lav. (art. 5, co. 3, l. 223/91) e coloro (neo-assunti) che godono solo della tutela indennitaria da 6 a 36 mensilità (art. 10, d.lgs. 23/15) era stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale<sup>63</sup>, a seguito di precedente pronuncia della Corte di giustizia che, dal canto suo, ha escluso che i criteri di selezione e le conseguenti tutele rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva<sup>64</sup>. Non a torto, la statuizione è apparsa un retaggio della originaria logica 'liberista' che permeava la disciplina europea, ed è stata criticata perché svuota di effettività gli obiettivi di politica sociale, che andrebbero declinati anche attraverso le soluzioni adottate con la trasposizione nei singoli ordinamenti statali.

La questione interna non poteva comunque considerarsi chiusa e veniva rapidamente riproposta, seppur con questioni parzialmente divergenti. Tuttavia, la Consulta la ha ritenuta infondata<sup>65</sup>, ribadendo – peraltro, ed a proposito di tempistiche sovrapposte, prima dell'intervento sul regime delle nullità – che la tutela indennitaria dei neo-assunti rientra nel concetto di «complessiva adeguatezza», compatibile anche con la previsione dell'art. 24 della Carta sociale europea, rispetto al quale il divergente parere reso dal Comitato europeo dei diritti sociali ha valore meramente propositivo e sollecitatorio. Il che già appariva inevitabile, nonostante numerose opinioni contrarie.

Queste conclusioni – supportate dall'argomento per cui al momento delle intimazioni i singoli licenziamenti acquisirebbero «rilievo autonomo», tanto da ritenere che lo scopo di favorire l'ingresso nel mondo del lavoro di nuovi assunti renderebbe «indifferente [...] che il recesso sia individuale o collettivo» – lasciava presumere che la stessa tutela meramente economica sarebbe stata confermata per le imminenti questioni sui licenziamenti individuali.

<sup>63</sup> Corte cost. n. 254/20, cit.

<sup>64</sup> Corte giust. UE, 4 giugno 2020, ord., C- 32/20, *Balga*; conforme Corte giust. UE, 17 marzo 2021, C- 652/19, *Consulmarketing*.

<sup>65</sup> Corte cost. n. 7/22, cit.



Poiché le soluzioni delle sentenze nn. 128 e 129 del luglio 2024 sono in parte diverse, riproponendo la distribuzione delle tutele in base alla gravità del vizio, anche rispetto a quelle conclusioni emergono perplessità. È vero che per i licenziamenti individuali il ragionamento distintivo si fonda su uno schema causale, invece escluso per quelli collettivi. È però altrettanto vero che, nella logica procedimentale di questi ultimi, i criteri di selezione si collocano al centro della disciplina, a maggior ragione qualora costituiscano espressione di un accordo collettivo, la cui violazione non è affatto dissimile da (ed anzi appare almeno grave quanto) quella che ha condotto alla pronuncia interpretativa di rigetto sui licenziamenti disciplinari.

A meno che non si voglia sostenere che il rimedio reintegratorio, ancora previsto per i vecchi assunti in caso di violazione dei criteri di selezione, dipenda soltanto dalla facoltà datoriale di realizzare comunque la scelta riduttiva, licenziando un equivalente numero di lavoratori senza l'esperimento di una nuova procedura, ai sensi dell'art. 17, l. n. 223/91. Se così fosse, si ripresenterebbe in tutta la sua evidenza il problema della durata del processo, giacché quella disposizione è risultata di fatto inapplicabile anche nella vigenza del rito Fornero.

Il legislatore dovrebbe prendere "il toro per le corna", riconoscendo che nel bilanciamento costituzionale l'interesse alla conservazione del rapporto, contrapposto sul piano delle tutele (non all'interesse dell'impresa ma) a quello occupazionale, non può rilevare diversamente a seconda della tipologia di licenziamento, tanto meno quando la patologia dell'atto consiste nella violazione, in fase applicativa e unilaterale, del prodotto dell'intervento sindacale.

Oppure si dovrebbe affermare chiaramente che l'esclusione della reintegra per le riduzioni collettive di personale è finalizzata all'utilità sociale, secondo un rivoluzionario modello di bilanciamento che passa attraverso lo stravolgimento della lettura dell'art. 41, co. 2, Cost.

### *9. I pomi delle Esperidi*

La diversificazione delle tutele, oramai propria di entrambe le riforme, ha introdotto nell'ambito delle imprese di maggiori dimensioni, cioè munite dei requisiti regolati dell'art. 18, co. 8 e 9, Stat. lav. (e per

rinvio dall'art. 9, co. 1, d.lgs. 23/15), quella relazione tra tutela reale e obbligatoria che prima demarcava il confine con le piccole imprese.

Queste ultime, peraltro, sono state contestualmente assoggettate alla tutela reintegratoria 'piena' anche per i vizi di nullità del recesso diversi da quello discriminatorio, fino ad allora ricondotti alla tutela conformativa di diritto comune e, quindi, sprovvisti della garanzia dell'opzione sostitutiva della reintegrazione. Ne è derivata la amplificazione dell'interesse a coltivare controversie a tale scopo, con ulteriore vanificazione dei propositi deflattivi del contenzioso e di riduzione della durata dei processi.

Nel mentre, l'accostamento di due regimi indennitari per la ingiustificatezza del licenziamento ha generato il monito costituzionale sulla inadeguatezza del sistema vigente per le imprese di minori dimensioni, basato sul solo criterio del numero degli occupati che è apparso «sprovvisto di per sé di una significativa valenza» in quanto «non rispecchia di per sé l'effettiva forza economica del datore di lavoro» ed anzi accomuna tra loro attività eterogenee<sup>66</sup>.

Dopo due anni, questo monito non ha avuto riscontri. Ed è sorprendente che le riflessioni su questa sorta di valle dell'Eden – caratterizzata da una tutela solo indennitaria ed economicamente modesta (da 2,5 a 6 mensilità *ex art. 8, l. 604/66*, salvo la maggiorazione per elevate anzianità di servizio in imprese con più di quindici dipendenti, ovvero fino a 6 mensilità *ex art. 9, d.lgs. 23/15*) – impegnino molto poco il dibattito teorico aperto dalle recenti riforme, nonostante questa sanzione d'area incida in modo indiscutibile sul tessuto imprenditoriale nazionale e perfino sulla (dis)articolazione delle singole imprese.

Non sono comunque mancati problemi di coordinamento normativo, a partire dal dubbio su quale tutela applicare per l'ipotesi di violazione dell'art. 2, co. 2, l. n. 604/66, rispetto a un licenziamento intimato da piccola impresa ad un dipendente assunto prima del marzo 2015. Dopo alcuni tentennamenti, la giurisprudenza di legittimità ha scelto, in virtù di una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, la tutela dell'art. 8, l. 604/66<sup>67</sup>. Il che appare ragionevole nel coordinamento con l'art. 9 del *Jobs Act* ma, in assenza di una indica-

<sup>66</sup> Corte cost. n. 183/22, cit.

<sup>67</sup> Cass. 15 luglio 2022, n. 19323.

zione di diritto positivo, porta alla aberrante conseguenza di ritenere efficace ciò che la legge espressamente qualifica come inefficace (art. 2, co. 3, l. ult. cit).

Oltretutto, inserendosi in un altro vuoto legislativo, la Cassazione ha ragionato diversamente, stabilendo che per le piccole imprese – nonostante il tenore letterale dell'art. 18, co. 8, Stat. lav. – la nullità del licenziamento per superamento del comportamento non segue il regime di tutela di diritto comune<sup>68</sup>, bensì è attratto, per una sorta di nuova *vis expansiva*, dal quarto comma dello stesso art. 18<sup>69</sup>, con conclusioni evidentemente estendibili, data la disciplina del settimo comma, all'ulteriore ipotesi della disabilità. Il che significa, tra l'altro, che per la riforma del 2015 la tutela dovrebbe essere quella reintegratoria 'piena'.

In questo complessivo contesto, una riforma legislativa è imprescindibile. Il quesito referendario in materia, finalizzato a rimuovere la sola soglia massima delle 6 mensilità dell'art. 8, l. n. 604/66 (in uno all'eventuale effetto del primo quesito, peraltro non inscindibile, relativo all'abrogazione dell'intero *Jobs Act* e quindi del suo art. 9) vorrebbe affidare al giudice, secondo un noto modello di giustizia, la personalizzazione dell'indennizzo, vincolandone la discrezionalità ai criteri legali ma senza la fissazione di un massimale.

Si tratta di una soluzione mutuata dalla posizione espressa dal Comitato europeo dei diritti sociali, ma proprio per questo già implicitamente ritenuta irragionevole dalla Consulta, oltre che nefasta rispetto ad elementari esigenze di certezza, indispensabili anche nella prospettiva occupazionale che impregna questa fase del bilanciamento costituzionale.

D'altra parte, i dati numerici comprovano che quasi l'80 per cento delle imprese italiane sono micro, almeno nell'accezione euro-unitaria che, ad altri fini, così definisce le imprese con un organico non superiore ai dieci dipendenti.

In un progetto di riforma, questa soglia potrebbe anche essere ridotta e combinata con parametri economici, secondo le indicazioni che provengono dalla Corte, elevando il tetto massimo dell'indennizzo

<sup>68</sup> Cass. 22 luglio 2019, n. 19661.

<sup>69</sup> Cass. 16 settembre 2022, n. 17334.

e differenziandolo tra imprese piccole e imprese di dimensioni (numeriche e finanziarie) ancora più ridotte. Il tutto, senza dimenticare che in altri ordinamenti queste ultime imprese sono perfino sottratte alla regola di giustificazione del recesso, con buona pace dei principi sovranazionali.

Sempre nella logica del beneficio rappresentato dai ‘pomi d’oro’ e sotto il profilo della parità di trattamento, va inoltre risolto il *rebus* delle organizzazioni di tendenza, ai cui licenziamenti soggetti al regime temporale del *Jobs Act* si applica senza deroghe «la disciplina del presente decreto». Mentre per i licenziamenti che ricadono nell’art. 18 Stat. lav. sopravvive la deroga prevista dall’art. 4, l. 108/90, che fa salvo solo il diritto anti-discriminatorio.

#### 10. *La cintura di Ippolita*

Le disciplina previdenziale dei licenziamenti illegittimi è stata gestita da entrambe le riforme come conseguenza necessitata del tipo di tutela applicabile, quindi nella logica del ‘tutto o nulla’ derivante dalla persistenza giuridica o al contrario dalla estinzione del rapporto, emblematicamente espressa dalla precisazione, presente nell’art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/15, secondo cui l’indennità ivi regolata non è «assoggettata a contribuzione previdenziale».

Anche per la distinzione tra tutela reintegratoria ‘piena’ ed ‘attenuata’ le Sezioni Unite si sono limitate a confermare quanto già previsto dal legislatore, cioè l’esclusione delle sanzioni civili nel secondo caso, non sussistendo una omissione contributiva rispetto ad una pronuncia costitutiva di annullamento<sup>70</sup>.

È evidente, pertanto, che la reintegra continua a ‘cingere’ l’interesse del lavoratore con benefici ulteriori alla conservazione del rapporto e del reddito.

Il problema della perdita dell’accredito contributivo in caso di estinzione del rapporto – che ovviamente non ha nulla a vedere col diritto alla integrità della posizione contributiva<sup>71</sup>, essendo il rapporto

<sup>70</sup> Cass. SU, 18 settembre 2014, n. 19665.

<sup>71</sup> Su cui, ancora da ultimo, Cass. 2 maggio 2024, n. 11730.

cessato – era stato sollevato da due delle ordinanze di rimessione alla Consulta, non a caso nei diversi termini di un danno alla posizione previdenziale, che però sarebbe generato non da una omissione contributiva (come detto neanche ipotizzabile), bensì dalla stessa disciplina legale, per questo ritenuta irragionevole.

Tuttavia, il problema è stato ignorato dalle sentenze della Corte, e sarebbe plausibilmente risultato infondato, considerando la lettura in senso minimalista del diritto alla futura prestazione previdenziale, la logica di solidarietà intergenerazionale connessa all'occupabilità e, non da ultimo, il regime delle piccole imprese, altrimenti da sempre incostituzionale.

Ciò non toglie che un legislatore coraggioso – sovvertendo schemi consolidati – potrebbe rivedere l'intero impianto della attuale disciplina, che peraltro ha ricadute modeste sul complessivo gettito contributivo.

Infatti, non è scontato che, quantomeno dal recesso all'ordine di reintegra e rispetto alla reintegrazione 'attenuata', debba imporsi una integrale obbligazione contributiva, nonostante un tetto indennitario che non corrisponde (o potrebbe non corrispondere, sempre per la durata dei giudizi) alle retribuzioni astrattamente dovute. Così come non pare necessitata la sottrazione all'imposizione contributiva dell'indennità dovuta per la cessazione del rapporto, che è comunque avvinta da sicuro nesso di relazione col rapporto medesimo, semmai occorrendo un coordinamento con la percezione dell'indennità di disoccupazione.

Non serve neppure troppo coraggio per estendere ad ogni regime reintegratorio (a cominciare dall'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/15) quanto attualmente previsto dal solo art. 18, co. 4, Stat. lav., cioè la condanna al pagamento di un importo pari al solo «differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative».

D'altra parte, l'*aliunde perceptum* (retributivo) è detraibile anche nel caso di reintegra 'piena', mentre neppure per i vizi di nullità è preclusa l'introduzione di un tetto di indennizzo *medio tempore*, come dimostra la disciplina del pubblico impiego (benché con la conferma dell'integrale versamento dei contributi, che però qui si applica ad

ogni possibile patologia del recesso, generando altre tensioni col principio di uguaglianza).

Per altro verso, non può ignorarsi che, a seguito dell'attuale distribuzione dei rimedi, conseguente alle ultime pronunce costituzionali, il rischio del versamento contributivo, e quindi del relativo costo, adesso rileva indistintamente per le due riforme in termini di incertezza delle imprese, combinandosi con la durata dei processi e riflettendosi negativamente proprio sulle finalità occupazionali.

L'unica eccezione è costituita dai licenziamenti collettivi del *Jobs Act*, per i quali una novella dovrebbe comunque considerare che all'effetto moltiplicatore degli indennizzi, coltivato in dottrina quale argomento a sostegno della legittimità del solo rimedio economico, corrisponde proprio una riduzione, assai consistente per l'impresa, del versamento contributivo.

### 11. *La cattura di Cerbero*

Le tre teste di Cerbero rappresentano il passato, il presente e l'avvenire, sicché ai nostri fini esprimono il legame circolare tra la protezione nel rapporto, gli ammortizzatori sociali e le politiche attive del lavoro.

Il tema è usualmente indagato nella prospettiva della *flexicurity*, con le varie implicazioni che promanano dalle impostazioni teoriche (lavoro senza aggettivi, codificazione di un *tertium genus*, derogabilità assistita, cerchi concentrici, statuto dei lavori, geografia normativa a matrice) per riflettersi sulla disciplina del mercato.

Del resto, preso atto che dopo un ventennio di battaglie la flessibilità tipologica si è oramai infiltrata in pianta 'stabile' nella gestione dei rapporti, entrambe le riforme, nella loro più ampia struttura normativa, avevano cercato di modulare la flessibilità numerica, cioè 'in uscita', sulle rinnovate politiche per l'impiego.

Secondo l'opinione più diffusa, a cui va prestata adesione, questo tentativo non è riuscito, perché le politiche passive avrebbero, ancora una volta, surclassato quelle attive, sprovviste di un'adeguata spesa pubblica che resta innanzitutto contratta per equilibri finanziari. Neppure sorprende che, già all'indomani del *Jobs Act*, si sia proposta una

repentina rivisitazione della disciplina del mercato del lavoro in chiave di mercati transizionali.

In questa sede, ci si può interrogare sul modo in cui il modello triangolare (su cui adesso influisce perfino il fenomeno delle cosiddette dimissioni di massa) incida o dovrebbe incidere, anche nella valutazione costituzionale, sulla ragionevolezza del sistema protettivo contro i licenziamenti. In particolare, occorre chiedersi se le tre dimensioni del diritto del lavoro, dal lavoro ed al lavoro consentano ancora – in una logica di sviluppo economico che condiziona l’incremento occupazionale e quindi pure il finanziamento del sistema previdenziale – di ‘scaricare’ sulle imprese, secondo una visione di stampo strettamente contrattualistico, l’intero costo della transizione, innanzitutto di fatto e solo eventualmente di diritto, dal rapporto al mercato.

In effetti, nella valutazione tra la «curvatura occupazionale del danno» del lavoratore e quella «gestionale del costo del licenziamento» intervengono altri fattori, che non risultano valorizzati dalle pronunce del giudice delle leggi.

Nella preferenza da accordare ad una soluzione monetaria piuttosto che ripristinatoria, non sembra possibile ignorare l’impatto che esercitano, seppur a determinate condizioni, la tutela per la perdita dell’occupazione e gli interventi di formazione e ricollocazione professionale. Oltre al problematico rapporto tra il licenziamento e l’indennità di disoccupazione – con il suo discusso regime di ripetibilità, che veniva esclusa, ma solo per via giurisprudenziale, pure in caso di reintegra quando non effettiva<sup>72</sup> – in questa prospettiva si colloca perfino l’evoluzione della normativa assistenziale, adesso segnata dal passaggio al reddito di inclusione, mentre quello di cittadinanza subisce l’immane condanna europea per il requisito della residenza<sup>73</sup>.

D’altra parte, nell’ambito dei licenziamenti economici la differenza di disciplina include anche il possibile (ed usuale) godimento dell’ammortizzatore sociale in corso di rapporto, che a sua volta contribuisce a delineare una profonda diversificazione all’interno dell’apparato produttivo nazionale, relegando di fatto il licenziamento

<sup>72</sup> Cass. 15 settembre 2021, n. 24950; Cass. 26 agosto 2020, n. 17993. Ma ora, per la rimessione della questione alle Sezioni Unite, cfr. Cass. 23 settembre 2024, n. 25399.

<sup>73</sup> Corte giust. UE, 29 luglio 2024, C-112/22 e 223/22, *CU e ND*.

per motivo oggettivo alle realtà imprenditoriali medio-piccole, con nuovi pericoli di sbilanciamento tra fattispecie giustificative.

Per altro verso, dal governo delle dinamiche del mercato dipende il tempestivo reperimento di un'altra occupazione, che incide dall'interno sulla disciplina di tutela contro i licenziamenti per la detrazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum*.

Anche qui il legislatore è stato timido, preoccupandosi di regolare, nel solo art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23715, la detrazione di quanto il lavoratore reintegrato «avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro», secondo il meccanismo della condizionalità. Per ogni altra ipotesi di guadagno realizzato o realizzabile lavorando altrove «nel periodo di estromissione», tutto è rimesso a formule mutuata dalla precedente giurisprudenza, senza alcuna accortezza nel definire, soprattutto sul piano processuale, gli strumenti per accertare tale situazione, compresa quella del lavoro in nero. Ed anzi per i licenziamenti nulli è prevista solo la detrazione di quanto (risulti) effettivamente percepito e fermo l'impermeabile obbligo contributivo, secondo una linea di pensiero dichiaratamente punitiva, giustificabile solo per un processo di durata breve o contenuta.

Questo lassismo normativo è irragionevole e, assieme all'ampliamento dell'esposizione risarcitoria per il rifiuto di reintegrare *medio tempore*<sup>74</sup>, aumenta a dismisura lo *spread* con la tutela meramente indennitaria, la quale, al contrario, viene personalizzata anche in base allo stato del mercato del lavoro territoriale e ad una eventuale rapida ricollocazione.

È chiaro che non è possibile addebitare al giudice costituzionale la mancata considerazione di questi fattori. Tuttavia anch'essi concorrono – sebbene su un piano distinto da quello di mera «razionalità interna» che, secondo le opinioni critiche, avrebbe caratterizzato la pronuncia n. 194/18 – ad alimentare il dubbio che il giudizio di ragionevolezza possa fondarsi solo sulla preservazione della finalità genericamente occupazionale propugnata dalle riforme.

<sup>74</sup> Da ultimo Cass. 23 ottobre 2023, n. 29335.



## 12. *Le stalle d'Augia*

Il sistema normativo non si è ancora definitivamente assestato nell'ambito dell'interpretazione giurisprudenziale ed anzi, mentre si fa sempre più pressante l'invito della Consulta ad una complessiva rivisitazione della materia, le ultime due sentenze costituzionali richiederebbero (o richiederebbero) un ulteriore maneggiamento.

Un intervento legislativo dovrebbe comunque tenere conto delle reciproche posizioni di affidamento che si sono radicate sul vigente e duplice spaccettamento delle tutele, anche se le correzioni di origine giudiziale restituiscono un quadro molto diverso da quello iniziale, fioriero di incertezze perfino maggiori di quelle che si imputavano al testo statutario, pure nella versione del 1990.

Sarebbe intanto più che opportuno eliminare la coesistenza dei due regimi, quale conseguenza che deriverebbe automaticamente dall'esito positivo del primo quesito referendario ma che, in realtà, anche il decisore politico potrebbe realizzare, qualora confermasse le linee di fondo della legge Fornero (o meglio, della sua attuale interpretazione) sui licenziamenti ingiustificati.

In effetti, tra tutte le perplessità generate dalle riforme e ferma la imponderabile durata dei processi, la tutela che ha mostrato un elevato grado di resistenza in chiave di legittimità costituzionale è proprio quella della reintegrazione 'attenuata', anche perché replica scelte legislative giudicate legittime dalla Consulta su altri istituti<sup>75</sup>, inverando pure il principio solidaristico che permea il dovere 'di lavorare' (peraltro ora con nuovi dubbi, sollevati dalla prova del maggior danno prevista dall'art. 11, d.l. n. 131/24, che si legano sempre alla eccessiva durata del processo<sup>76</sup>).

Si dovrebbe, allora, intervenire sugli altri profili esaminati, delineando un quadro meno equivoco per i vizi di nullità e quelli procedurali, fissando regole certe per il licenziamento per superamento del comportamento, aggiornando i requisiti e le soglie di indennizzo applicabili alle piccole imprese, regolando direttamente il regime prescri-

<sup>75</sup> Corte cost. n. 303/11, cit.

<sup>76</sup> Cfr. ad es. Trib. Siena, 1° gennaio 2024, con ordinanza di rimessione dichiarata inammissibile da Corte cost. 30 luglio 2024, n. 155, ord.

zionale dei crediti retributivi, normando le regole processuali sul guadagno *aliunde* e, non da ultimo, confermando o istituendo un efficace meccanismo deflattivo pre-giudiziale.

Rispetto alla reintegrazione, una riflessione ulteriore meriterebbe l'opzione per l'indennità sostitutiva, sulla cui attuale funzione – ferma la esplicita previsione della cessazione del rapporto col suo esercizio, confermata con clamoroso ritardo e *overruling* dalla Cassazione<sup>77</sup> – pesa comunque l'impossibilità di stabilire quale sia l'effettivo interesse alla ripresa del lavoro, quando l'ordine sopraggiunge a distanza di troppo tempo.

Al riguardo, non sarebbe ad esempio irragionevole escludere l'esercizio dell'opzione dopo un congruo periodo dal licenziamento, non necessariamente di fonte legale ed anche modulabile, con la sola conferma del diritto al ripristino del rapporto a garanzia della sua stabilità, salvo che l'opzione non sia esercitata subito con l'introduzione del giudizio, oppure entro quella scadenza.

Un sistema incentrato sulla tutela reale con diritto alla ripresa del lavoro ma senza l'opzione sembra, peraltro, praticabile anche per le imprese di piccole dimensioni, ad eccezione di quelle micro in cui l'incidenza del costo del licenziamento illegittimo, perlomeno di carattere organizzativo, sarebbe compatibile con una tutela conformativa solo a fronte di una durata brevissima del processo, ad oggi insostenibile.

In una simile prospettiva, i problemi atterrebbero agli equilibri tra il licenziamento individuale ingiustificato e quello collettivo. Per quest'ultimo, infatti, si tratterebbe di un ritorno al passato, dal momento che la Consulta ha ritenuto di salvaguardare la logica economica del *Jobs Act* soltanto per tale 'fattispecie'.

L'abrogazione referendaria spazzerebbe via questa soluzione, come fece Ercole deviando il fiume e inondando le stalle, ma in caso contrario il legislatore si troverebbe a compiere una scelta molto difficile.

Ed invero, la conferma della tutela meramente indennitaria per le riduzioni collettive di personale si rifletterebbe pure sul licenziamento per motivo oggettivo, che nella interpretazione consolidata della legge Fornero è tuttora soggetto a reintegrazione anche per la sola violazione

<sup>77</sup> Cass. SU, 27 agosto 2014, n. 18353.

del ripescaggio. Il che genererebbe un divario, soprattutto in relazione ai licenziamenti plurimi per g.m.o., molto più ampio di quello che le sentenze nn. 7/24 e 128/24 hanno prospettato nella logica della «complessiva adeguatezza» del rimedio indennitario, confermato pure per questo recesso individuale ad eccezione del «fatto materiale» insussistente.

D'altro canto, se dall'interpretazione dell'art. 18, co. 7, Stat. lav., si espungesse il *repêchage* per l'applicazione della tutela reintegratoria, come pure non sembra potersi escludere, non solo si tornerebbe alla soluzione attualmente in vigore per la riforma del 2015, ma occorrerebbe nuovamente equilibrare la disciplina del licenziamento disciplinare. Per quest'ultima, però, la soluzione della sentenza n. 129/24, incentrata sulla rilevanza delle sole infrazioni tipizzate, è in diretto contrasto, se non con la lettera dell'art. 18, co. 4, Stat. lav., certamente con le motivazioni espresse dal giudice di legittimità e volte a premiare l'interpretazione delle clausole elastiche.

Ove poi, con scelta divergente, si volesse riconfermare il ruolo preponderante della tutela indennitaria, si dovrebbe stabilire se coordinarlo con le variabili economiche già indicate, e quindi se sia possibile ricorrere ad una formula algebrica che, per ogni grado di giudizio e in relazione al suo esito, combini l'indennità risarcitoria dovuta dall'impresa inadempiente, il guadagno del lavoratore realizzato *aliunde* o per ripristino anche temporaneo del rapporto, l'importo e la durata di un ammortizzatore sociale quando cumulabile e i benefici delle politiche attive goduti in relazione all'offerta formativa, a cui rapportare anche un eventuale depauperamento della professionalità.

Senza trascendere in forme di giustizia predittiva, si tratterebbe comunque di una formula antitetica al *cocktail* di criteri di cui si predica l'utilizzo per la personalizzazione giudiziale del danno.

Infine, un'ulteriore soluzione, di carattere mediano, potrebbe consistere in una nuova modulazione delle tutele che si basi sui requisiti dimensionali (numerici ed economici) delle imprese anche rispetto a quelle già classificabili come «maggiori».

Al pari di quanto osservato per le piccole imprese, anche in questo caso esistono indicazioni di diritto positivo, proprie del diritto del lavoro o ricavabili da altri settori, che consentirebbero di giustificare l'applicazione della tutela reintegratoria, anche per ogni vizio dell'atto

diverso da quello strettamente procedimentale, ai datori di lavoro che eccedessero i parametri distintivi della c.d. media impresa. Il che permetterebbe pure di riallineare la disciplina legale alle diverse dimensioni degli interessi collettivi, come attualmente emergono dalle relazioni industriali.