

Working Paper

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

*L'ordinamento giuridico
del lavoro
L'art. 18 prima e dopo?*

di A.M. Orazi
ADAPT Professional Fellow

Working Paper ADAPT, 8 ottobre 2015, n. 185

ISSN 2240-273X – Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001 – Tribunale di Modena

INDICE

Premessa.....	1
1. Un po' di storia, vista dalla parte dei vinti	1
1.1. L'incidenza dei guardiani della legge	2
1.2. Un po' di storia, vista dalla parte dei vinti.....	3
1.3. Gli effetti sulle aziende	4
2. Avvertenze pratiche.....	5
2.1. Art. 5 - Revoca del licenziamento.....	5
2.2. Art. 6 - Offerta di conciliazione	6
2.3. Art. 4 - Vizi formali e procedurali	6
2.4. Art. 9 - Piccole imprese e organizzazioni di tendenza.....	7
2.5. Art. 10 - Licenziamento collettivo	7
2.6. Art. 2 - Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale	8
2.7. Art. 3 - <i>Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa</i>	10
3. Conclusioni.....	11

Premessa

L'informazione sulle recenti conquiste delle neuroscienze sta diffondendo una diffusa consapevolezza sulla plasticità del cervello umano che, precedentemente, era sconosciuta o inavvertita ai più; quindi, ora si sa che possiamo cambiare il nostro modo di pensare se soltanto vogliamo e se esercitiamo questa volontà con una certa costanza e per un certo tempo; e ciò può valere, con le debite proporzioni, anche per quel cervello collettivo che è la società.

Ciò non ostante i governanti continuano ad illudersi che una legge possa cambiare la realtà dei fatti nel breve tempo della *vacatio* e, dal lato strettamente giuridico, è vero che la qualificazione dei fatti potrà/dovrà cambiare da un giorno all'altro ma, la percezione e la interiorizzazione sociale di tale cambiamento richiederà più tempo, specialmente se il cambiamento stesso non è assolutamente chiaro, appare o viene fatto apparire sfavorevole e viene anche presentato come discutibile.

Così con le riforme dell'art.18 susseguitesesi negli ultimi anni, fino a quella inserita nel *jobs act* come elemento di una più generale riforma della disciplina del lavoro italiano, con l'apertura di un mercato del lavoro in una ottica di *flexsecurity*; nell'ambito del quale poter proteggere il lavoratore, rafforzato professionalmente e psicologicamente, oltre che sostenuto economicamente, meglio di quanto non si potesse fare nel posto di lavoro.

Tuttavia, anche in questo quadro di riferimento positivo, anche in una condizione di governo stabile, anche su un piano di competizione internazionale sulla regolamentazione del lavoro, necessaria a fronteggiare la globalizzazione e la rivoluzione digitale, la trasformazione del nostro sistema del lavoro non è riuscita ad essere grande o, almeno, tanto grande quanto occorreva per corrispondere alla grande trasformazione del lavoro che è già in moto, accelerato e costante.

Pertanto, anche se non consideriamo la crisi della subordinazione, sul piano sociologico prima ancora che sul piano legale; anche se siamo turbati per la possibile incidenza negativa di una burocrazia, in via di riforma, e per la debolezza del sistema istruzione/formazione, in via di nuova/buona riforma; anche se le risorse finanziarie destinate alla implementazione di tutte queste riforme sono scarse; non possiamo credere che il lavoro sia finito.

Sappiamo già che molte cose andranno riviste, anche in relazione alla prossima riforma del titolo quinto della Costituzione, e possiamo ragionevolmente pensare che altri aggiustamenti potranno risultare necessari sulla scorta dell'esperienza delle nuove prassi, a mano a mano che si svilupperanno. La qual cosa non è un male, in sé e per sé, se riuscirà ad innescare nella mentalità dei regolatori italiani una certa qual logica della sperimentazione, come predicato da Ichino. L'idolo dell'art.18 è stato infranto, ma ancora tanta strada da fare.

1. Un po' di storia, vista dalla parte dei vinti

Come è noto, sono i vincitori a scrivere la storia ma, prima o poi, arrivano i revisionisti a riscriverla guardando dalla parte dei vinti o, quanto meno, tentando di guardare i fatti equilibratamente. E, se consideriamo la storia del lavoro italiano, possiamo dire che i vincitori erano i sindacati dei lavoratori mentre i vinti erano le aziende. Sebbene,

facendo più attenzione, si potrebbe dire che i vinti, veri e propri, sono stati i lavoratori, anche se non se ne sono mai resi conto (fino ad ora?).

I lavoratori sono stati e continuano ad essere i vinti della guerra del lavoro innanzi tutto perché è stata dichiarata una guerra (di classe); e perché la relazione di lavoro è stata vissuta in un'ottica di contrapposizione tra capitale e lavoro; mettendo sempre avanti a tutto il posto di lavoro, così barattando, alla maniera di Esaù, la massima sicurezza del lavoro con la migliore compensazione del lavoro stesso.

E la legge n. 300/1970, il mitico Statuto dei lavoratori, che dieci anni dopo doveva essere replicato in Spagna, pur con alcune importanti mitigazioni e con un approccio codicistico, segna le principali regole di ingaggio di questa lotta nella quale, a ben vedere, hanno perso tutti. Infatti da quell'avvento si è venuta enfatizzando una cultura dei diritti, deleteria in quanto svincolata dai doveri e distorsiva di una normale logica contrattuale, diligente, collaborativa, responsabile.

Del resto “fu detto proprio questo al momento dell'approvazione della legge, anche sull'onda dell'emozione della scomparsa del suo promotore – emozione che talora, troppo spesso, incide sui processi legislativi italiani - il ministro del lavoro socialista Brodolini, che era stato egregiamente assistito tecnicamente dal professor Giugni: oggi la costituzione è entrata in fabbrica”¹.

Fortunatamente lo schema della lotta continua era una condizione ben lontana da quella della maggior parte delle nostre aziende e del tutto “inadeguata alle tante realtà aziendali in cui la connotazione prevalente era ed è ancor oggi quella della comunità”², anche se la sua possibile attivazione restava sempre sullo sfondo e condizionava le scelte degli imprenditori, come faceva il campanello di Pavlov, anche se gli imprenditori non potevano certo aspettarsi bocconcini di carne.

Disgraziatamente l'anomalia della tutela reale introdotta dall'art.18 innescava una tentazione troppo forte, con la prospettiva della reintegrazione, salvifica per qualunque lavoratore ragionevolmente timoroso della propria sopravvivenza nel mondo del lavoro, in mancanza di un efficiente mercato del lavoro, e tanto più preoccupato quanto fosse poco professionalmente e volentiersamente attrezzato, per poter non essere sconvolgente.

1.1. L'incidenza dei guardiani della legge

Tuttavia, per quanto potesse essere sconvolgente, a prima vista, la lettera della legge quello che fu travolgente fu la facile coinvolgibilità dei piccoli e medi imprenditori, anche scarsamente acculturati, in una vicenda giudiziaria di durata imponderabile, con la esecutorietà della sentenza di primo grado che portava “in molti casi gli imprenditori, anche a fronte di una palese ingiustizia” a subire “gli strali dell'avversa fortuna, per dir così.

Infatti la realtà dei fatti ha dimostrato, in tutti questi lunghi anni, che in innumerevoli casi in cui, anche secondo un normale buon senso, era stato disposto un licenziamento basato su una giusta causa o su un giustificato motivo, gli avvocati dei lavoratori hanno

¹ M. Bornengo , A.M. Orazi, *Art.18: la reintegrazione al lavoro. Storie di vita aziendale ... e la riforma?*, Società editrice Esculapio, Bologna 2012, p.17.

² *Ibid*, p. 19.

trovato un qualche motivo per far invalidare tale licenziamento e far reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro.

E ciò si è verificato sia per motivi di forma, che per un apprezzamento della gravità dei fatti da parte del giudice diverso da quello aziendale: sia in casi legati alle assenze per malattia del lavoratore e al periodo di conservazione del posto; che in casi legati alle sanzioni disciplinari o, anche, a fatti propriamente illeciti; come pure in casi legati alla diversa considerazione della tipologia contrattuale o nei casi di licenziamenti (individuali o collettivi) per motivi oggettivi o economici”³³.

Tutto essendo così rimesso al c.d. prudente apprezzamento del giudice del lavoro che spesso, troppo spesso, era animato da un eccessivo spirito di tutela del contraente debole, *alias* lavoratore dipendente, anche quando questi era tutt’altro che debole o quando la controparte era più debole ancora, nella frequente fragilità delle piccole strutture aziendali, sia dal lato organizzativo che dal lato economico-finanziario.

A questo proposito può essere indicativo il piccolo repertorio compilato da Del Re⁴, che ricorda il caso dell’infermiere che aveva picchiato un paziente psichiatrico; del vigile del fuoco che aveva rapinato una banca; del cassiere temporaneo che aveva occultato la vendita di biglietti per uno spettacolo; del lavoratore esibizionista in fabbrica, del malato immaginario, dell’etilista, del contraffattore, ecc.; tutti reintegrati al lavoro. In nome del popolo italiano? E si può rammentare anche il caso del centralinista monoglotta recentemente citato da Ichino⁵ nel suo *blog*.

1.2. Un po’ di storia, vista dalla parte dei vinti

Come è noto, sono i vincitori a scrivere la storia ma, prima o poi, arrivano i revisionisti a riscriverla guardando dalla parte dei vinti o, quanto meno, tentando di guardare i fatti equilibratamente. E, se consideriamo la storia del lavoro italiano, possiamo dire che i vincitori erano i sindacati dei lavoratori mentre i vinti erano le aziende. Sebbene, facendo più attenzione, si potrebbe dire che i vinti, veri e propri, sono stati i lavoratori, anche se non se ne sono mai resi conto (fino ad ora?).

I lavoratori sono stati e continuano ad essere i vinti della guerra del lavoro innanzi tutto perché è stata dichiarata una guerra (di classe); e perché la relazione di lavoro è stata vissuta in un’ottica di contrapposizione tra capitale e lavoro; mettendo sempre avanti a tutto il posto di lavoro, così barattando, alla maniera di Esaù, la massima sicurezza del lavoro con la migliore compensazione del lavoro stesso.

E la legge n. 300/1970, il mitico Statuto dei lavoratori, che dieci anni dopo doveva essere replicato in Spagna, pur con alcune importanti mitigazioni e con un approccio codicistico, segna le principali regole di ingaggio di questa lotta nella quale, a ben vedere, hanno perso tutti. Infatti da quell’avvento si è venuta enfatizzando una cultura dei diritti, deleteria in quanto svincolata dai doveri e distorsiva di una normale logica contrattuale, diligente, collaborativa, responsabile.

Del resto “fu detto proprio questo al momento dell’approvazione della legge, anche sull’onda dell’emozione della scomparsa del suo promotore – emozione che talora, troppo spesso, incide sui processi legislativi italiani - il ministro del lavoro socialista

³ *Ibid*, pp .26-27.

⁴ A. Del Re, *In nome del popolo italiano?*.

⁵ <http://www.pietroichino.it/?p=32803>.

Brodolini, che era stato egregiamente assistito tecnicamente dal professor Giugni: oggi la costituzione è entrata in fabbrica”¹.

Fortunatamente lo schema della lotta continua era una condizione ben lontana da quella della maggior parte delle nostre aziende e del tutto “inadeguata alle tante realtà aziendali in cui la connotazione prevalente era ed è ancor oggi quella della comunità”², anche se la sua possibile attivazione restava sempre sullo sfondo e condizionava le scelte degli imprenditori, come faceva il campanello di Pavlov, anche se gli imprenditori non potevano certo aspettarsi bocconcini di carne.

Disgraziatamente l’anomalia della tutela reale introdotta dall’art.18 innescava una tentazione troppo forte, con la prospettiva della reintegrazione, salvifica per qualunque lavoratore ragionevolmente timoroso della propria sopravvivenza nel mondo del lavoro, in mancanza di un efficiente mercato del lavoro, e tanto più preoccupato quanto fosse poco professionalmente e volenterosamente attrezzato, per poter non essere sconvolgente.

1.3. Gli effetti sulle aziende

Il combinato disposto di una normativa di forte garanzia e di una giurisprudenza iperprotettiva non poteva che determinare, con tutti i suoi tristi effetti, legati anche alle lungaggini dei tre gradi di giudizio, un potente effetto autocensorio di tutti gli interventi volti a sanzionare con il licenziamento i lavoratori, quando le aziende non fossero in grado di dimostrare *ad abundantiam* la meritevolezza di tale sanzione.

La qual cosa valeva massimamente per i licenziamenti disciplinari e ancor più per i licenziamenti economici; mentre sui licenziamenti per superamento del periodo di comporto si era raggiunto un ragionevole equilibrio, dopo una lunga stagione di ondeggiamenti; d’altro canto le crisi, sia di carattere generale che particolare, se non portavano al collasso dell’azienda, potevano portare, anche con una certa fatica e con l’impiego degli ammortizzatori sociali, a licenziamenti collettivi nell’ambito dei quali di solito si risolvevano tutti i conti in sospeso.

Ora, la nuova versione dell’art.18, contenuta nel d.lgs. n. 23/2015, pur modificando ampiamente il quadro delle garanzie, con la reintegrazione che dovrebbe essere l’eccezione, mentre la regola sarebbe l’indennizzo economico, a cui è stato dato un limite, seppur elevato ma che dovrebbe anche contingentare i tempi di giudizio, non riuscirà a riplasmare la mente degli imprenditori, anche in un tempo medio, se non avrà un seguito applicativo coerente con le intenzioni.

Il problema di tale coerenza si risolverà positivamente se nelle stagioni che seguiranno non soltanto non si verificheranno più casi curiosi, come quelli ricordati da Del Re, ma non si svilupperà una ermeneutica causidica e tendenziosa in riferimento alle causali eccezionali della reintegrazione, come quella già scontata della discriminazione e quella ampiamente frequentata della (in)sussistenza del “fatto materiale”, sulla quale si sta già esercitando parte della dottrina⁶.

⁶ L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n.3/2015, pp. 507-8. Lo scritto riproduce la relazione tenuta al convegno *Il regime dei licenziamenti individuali e collettivi* che si è tenuto presso il Dipartimento di giurisprudenza dell’Università degli studi di Napoli Federico II il giorno 27 febbraio 2015. Il testo è dedicato alla memoria del prof. Mario Napoli.

2. Avvertenze pratiche

Alterando la sequenza degli articoli del d.lgs. n. 23/2015 merita fare subito alcune considerazioni sulle innovative previsioni precontenziose, che potranno avere benefici effetti per le aziende e i lavoratori se i rispettivi consulenti potranno, essendo stati informati, attivarsi tempestivamente e, ragionevolmente, vorranno supportare le opportune azioni correttive o conciliative. Così come conviene premettere la segnalazione dei temperamenti riferiti alle piccole aziende; le nuove disposizioni sulle attività di tendenza; i chiarimenti sui licenziamenti collettivi. Da rammentare, infine, il precoce pensionamento del procedimento preliminare/conciliativo dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604, come modificato dalle legge n. 92/2012.

2.1. Art. 5 - Revoca del licenziamento

Si istituisce opportunamente un periodo di ripensamento di 15 giorni, entro il quale potrà essere effettuata la **revoca del licenziamento** (art. 5), senza sanzioni e con le sole spese conseguenti al ripristino del rapporto di lavoro, ovvero il pagamento delle

«C'è qualcosa di visibilmente sghembo nell'opinione secondo cui dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 la tutela forte – reale o ripristinatoria? Il dubbio resta: v. *infra* par. 5 – attenuata possa ormai essere accordata, su domanda ovviamente dei lavoratori che rientrano nell'ambito di applicazione di cui all'art. 1 del d.lgs. stesso, solo in caso di insussistenza (dell'azione/omissione, del nesso causale o dell'evento e cioè riassuntivamente) del *fatto materiale* contestato al lavoratore. Come può sostenersi che non rilevi la circostanza che sia stato contestato un fatto inconsistente o irrilevante? Ancora: come si può ragionevolmente giustificare che il datore di lavoro il quale ometta di contestare il fatto materiale – sottraendo così *ab imis* al lavoratore la possibilità di dimostrarne l'insussistenza – non venga poi sanzionato con la tutela reale seppure in forma attenuata? È accettabile che, a differenza di quanto succede in base all'art. 18, comma 7, in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 1 d.lgs. n. 23 del 2015, si debba pervenire alla conclusione della validità del licenziamento anche se esso viene intimato per motivi economici e, pur tuttavia, il giudice debba concludere che « il licenziamento risulti determinato da ragioni disciplinari? »».

Cfr. in tal senso, sia P. Ichino, *Licenziamento disciplinare: il senso della riforma*, in www.pietroichino.it che il neo-presidente dell'associazione AGI, A. Bottini, *L'indennizzo economico compensa il licenziamento*, in *Il sole 24 ore* del 21 febbraio 2015 che V. Speciale, *I licenziamenti individuali*, Relazione al seminario CGIL su *Jobs Act, la tutela decresce*, 2 febbraio 2015. Numerosi sono gli autori che hanno accolto la tesi del fatto materiale anche in relazione al nuovo art. 18 St. lav.: v., per lo meno, A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pagg. 436-437; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, I, pagg. 10-11; A. Vallebona, *L'ingiustificatezza ingiustificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 622; C. Pisani, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, pag. 741; L. Fiorillo, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del "fatto materiale"*, in *Giur. It.*, 2014, 12, p. 5.

Come ritiene G. Mimmo, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, Relazione al convegno AGI Lazio del 7 gennaio 2015, "Jobs Act, tutele crescenti e licenziamento: opinioni a confronto".

E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. Giur.*, 2015, 2, pag. 129 esemplifica con uno starnuto non gradito al datore di lavoro.

retribuzioni del periodo intercorrente tra la comunicazione del licenziamento e quella della revoca del medesimo. Si scongiurano così gli effetti perversi di un contenzioso che, in passato, si è talvolta attivato e perversamente concluso, malgrado il licenziamento fosse già stato revocato anche prima della presentazione del ricorso giudiziario.

Attenzione dovrà essere posta dai responsabili aziendali al tema dei licenziamenti o in via di riesame interno o esterno, ove non effettuato preliminarmente, da parte del consulente tecnico, purché tempestivo. Presumibilmente i lavoratori interessati e le loro organizzazioni non mancheranno di attivarsi, in ogni caso, con la massima sollecitudine.

2.2. Art. 6 - Offerta di conciliazione

Si apre un percorso accelerato e avvantaggiato di conciliazione finalizzato ad evitare il giudizio e basato su una **offerta di conciliazione** (art. 6) che ammonti «a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare». Con l'accettazione del quale assegno si sancisce «l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta».

Attenzione adeguata, nell'approccio alla conciliazione, andrà prestata alle agevolazioni disposte in favore delle parti, considerando che tale «importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale». Peraltro, sorvolando sull'assegno circolare, come unico titolo di credito utile ad integrare la procedura, va tenuto presente che «le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario», chiaramente se espressamente indicate come tali.

2.3. Art. 4 - Vizi formali e procedurali

Si chiarisce la rilevanza dei **vizi formali e procedurali** (art. 4) del licenziamento, con riferimento alla «violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970», pur seguendo alla dichiarazione del giudice di estinzione del rapporto di lavoro una condanna «al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto».

Attenzione dovrà prestarsi sempre alla motivazione del provvedimento, nella sua congruenza ed esaustività, senza cadere nella trappola del non dire nulla o nel dire meno per non sbagliare o rischiare meno e senza neppure utilizzare scarni stereotipi tali da poter fare considerare la motivazione addotta come non esistente. Così come per quanto

riguarda la procedura *ex art. 7* della legge n. 300/1970 che, peraltro, è ormai entrata nell'uso corrente. Certo è che, come è difficilmente contestabile nella logica di indisponibilità del tipo e del potere di configurazione giudiziale, se sotto tali vizi si annidano altri elementi di irregolarità, il giudice non potrà, a richiesta del lavoratore, non procedere seguendo gli artt. 2 e 3.

2.4. Art. 9 - Piccole imprese e organizzazioni di tendenza

Si stabilisce (art. 9) un temperamento delle sanzioni per le **piccole imprese**, fino a 15 dipendenti, alle quali «non si applica l'articolo 3, comma 2, e l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità». Mentre si fa venire meno l'esonero per le **organizzazioni di tendenza** dicendo che «ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto».

Attenzione, come sempre, andrà fatta nel conteggio dei dipendenti, sia tenendo conto della media annuale sia dei lavoratori che, in base ad altre leggi, possono non essere conteggiati; ma senza mai dimenticare che per i licenziamenti discriminatori non possono esserci sconti. Mentre le organizzazioni di tendenza dovranno farsi una ragione del cambiamento, adeguandosi alle migliori prassi oltre che alle normali regole, quand'anche siano contraddittorie con la loro essenza stessa.

2.5. Art. 10 - Licenziamento collettivo

Si chiarisce (art. 10) anche superflualmente, nella generalizzazione del licenziamento come atto scritto, che per il licenziamento individuale nel quadro di un **licenziamento collettivo**, trova applicazione l'art. 2. E si conferma che «in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1». Salve ovviamente tutte le pratiche conciliatorie.

Attenzione alla procedura nell'ambito dei licenziamenti collettivi non è mai mancata, ma per quanto riguarda i vizi delle procedure richiamate dall'art.4, comma 12, va rammentato che, come espressamente indicato nello stesso comma, «gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo». Mentre, sui criteri di scelta, resta il delicato problema del rapporto tra gli enunciati metodologici degli accordi o, in mancanza, i criteri di legge e l'applicazione pratica degli stessi.

2.6. Art. 2 - Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale

Il **licenziamento discriminatorio, nullo⁷ e intimato in forma orale** o dei disabili (art. 2) è una delle due ipotesi per le quali resta possibile la reintegrazione al lavoro e, perciò, su di essa si concentreranno le attenzioni di quanti vorranno difendere, a tutti i costi e a prescindere da qualsiasi ragione di impresa, i posti di lavoro, senza peraltro escludere l'esistenza di casi meritevoli di una tale difesa, perché l'azienda ha effettivamente posto in essere una qualche azione discriminatoria o altrimenti nulla.

L'art. 2 non definisce la discriminatorietà, se non *per relationem* all'art.15 della legge n. 300/1970 (affiliazione o attività sindacale, partecipazione ad uno sciopero; discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di *handicap*, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali); né la nullità, riferendosi agli altri casi (...) **espressamente previsti dalla legge** (matrimonio, maternità, ecc.). Sul licenziamento "*intimato in forma orale*" c'è poco da dire, essendo prescritta la forma scritta.

Mentre extrarubrica si trova la fattispecie del comma 4 «la disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta 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», che riguarda «i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia» e i disabili assunti obbligatoriamente «nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro», salvo se altri, su cui dovrà essere fatta una attenta riflessione⁸⁸.

⁷ Cfr. M. Biasi, [Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema "a tutele crescenti"?](#), Working Paper ADAPT, n.183/2015.

⁸ M. Biasi, *op.cit.*, pp.19-20 «Al contrario, risulta assai più convincente la spiegazione che insiste sulla volontà del legislatore di porsi in linea di continuità con l. 92/2012 nel garantire la protezione massima (i.e. la tutela reintegratoria) in favore di un soggetto in condizione di particolare debolezza e vittima di un licenziamento senz'altro odioso (ma non per questo discriminatorio *in re ipsa*) come quello intimato in spregio di – almeno: v. *infra* – due specifiche previsioni: a) l'articolo 4, comma 4 l. n. 68/1999, che impone l'obbligo al datore di lavoro di adibire a mansioni equivalenti (o anche inferiori) i lavoratori "che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia...se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro...delle norme in materia di sicurezza e igiene sul lavoro"; b) l'art. 10, comma 3, l. n. 68/1999, ove viene stabilito che, nel caso di aggravamento delle condizioni di salute dei disabili rientranti nel novero delle assunzioni obbligatorie, ovvero di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il rapporto di lavoro possa essere risolto solo ove un'apposita commissione accerti "la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda". Circa il riferimento alle disposizioni da ultimo richiamate, ci si è poi chiesti se le due ipotesi costituiscano mere esemplificazioni dei casi in cui il giudice, accertando il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, debba disporre la tutela massima, ovvero se si tratti di mere esemplificazioni. Quest'ultima lettura, che si fa preferire sul piano testuale, nel conferire valore all'inserimento, evidentemente non casuale, della congiunzione "anche", implicherebbe l'assoggettabilità al regime in parola di ogni ipotesi di licenziamento intimato in carenza della giustificazione riferita alla dedotta inidoneità fisica o psichica, a prescindere dunque da ogni requisito dimensionale».

La conseguenza è «la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro», salvo la mancata ripresa del “servizio entro trenta giorni dall’invito del datore di lavoro” o la richiesta da parte del lavoratore dell’indennità di cui al comma 3, a seguito delle quali (mancata ripresa del servizio o richiesta dell’indennità) il rapporto si intenderà risolto.

Alla condanna alla reintegrazione si aggiunge il «risarcimento del danno» con «un’indennità 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, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative», fermo restando il minimo di cinque mensilità. Si conferma la deduzione dell’*aliunde perceptum* e si ribadisce l’obbligo del «versamento dei contributi previdenziali e assistenziali», che assume la forma di condanna.

Il comma 3 prevede che, **in aggiunta** al risarcimento del danno di cui sopra «al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un’indennità pari a quindici mensilità», calcolate come sopra ma non soggette a contribuzione; richiesta da formulare «entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall’invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione».

Attenzione da parte dei soggetti datoriali, imprenditoriali o non imprenditoriali, è quindi da porre innanzitutto su una scrupolosa verifica dei motivi del licenziamento, sia nel senso che corrispondano al tipo legale, ovvero non presentino alcuno dei caratteri per i quali il licenziamento potrebbe essere invalidato; sia nel senso che quanto viene posto a base del licenziamento sia non soltanto rispondente al vero ma anche dimostrabile in giudizio e che non vi siano argomenti che possano essere sviluppati da controparte per offuscare tale verità o confutare le dimostrazioni della stessa proposte.

Particolare attenzione richiederanno tutti quei casi in cui ci si trovi in un’area di possibile discriminatorietà, per le caratteristiche dei soggetti coinvolti, che si differenzino palesemente per razza, lingua, religione o altro. Una speciale attenzione andrà prestata ai soggetti che si trovino nelle condizioni di cui al comma 4 e ai portatori di *handicap* in genere, anche considerando i malati più gravi e quelli terminali. Una riflessione richiederà inoltre il licenziamento per superamento del comporta per malattia e per eccessiva morbilità. Valutando infine con cura il problema della età che, specialmente in un periodo di crisi del lavoro, è stato e continuerà presumibilmente ad essere elemento di discriminazione oggettiva tra i lavoratori.

Del resto, per quanto riguarda la discriminatorietà *ex art.15* della legge n. 300/1970 è sempre stato inteso che dovesse essere, per dir così, dolosa o, altrimenti, avere un *animus*, un intento volto specificamente a discriminare un lavoratore per i motivi detti ma, in un contesto problematico o, meglio, problematizzabile come quello dato, non si può certo escludere che alla discriminazione si voglia dare una lettura oggettiva. Perciò le verifiche sui motivi aziendali andranno prudentemente estese al clima aziendale complessivo, cercando di raggiungere una superoggettività degli argomenti tecnico-produttivi-organizzativi o disciplinari tale da vanificare qualunque pretesa di discriminatorietà del licenziamento.

2.7. Art. 32 - Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa

Il “normale” **licenziamento per giustificato motivo e giusta causa** (art. 3), salvo i casi dell’art. 2, viene ad essere spogliato della tutela reale e potrà dal luogo soltanto ad una tutela obbligatoria, indennitaria, ove non sussista giusta causa o giustificato motivo, salvo il caso «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», che è l’altra delle due ipotesi per le quali resta ancora possibile la reintegrazione al lavoro.

La conseguenza della invalidità del licenziamento è la dichiarazione di estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento con la «condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità». Peraltro si chiarisce che il datore di lavoro condannato, «altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell’effettiva reintegrazione», farà tale versamento «senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva».

Mentre, in caso di **insussistenza del fatto**, torna possibile la reintegrazione, a cui si aggiunge la normale indennità risarcitoria che, però, non potrà essere superiore a dodici mensilità; precisandosi che, oltre all’*aliunde perceptum*, dovrà dedursi da questa quanto il lavoratore «avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell’articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni».

Attenzione massima risulta pertanto necessaria in tutti i casi in cui possa, anche vagamente, mettersi indubbio la piena sussistenza del fatto, la riferibilità del fatto al soggetto a cui lo si imputa, una certa qual rilevanza del fatto in sé secondo un normale metro di giudizio, una corretta rappresentazione del fatto nella contestazione, una precisa corrispondenza tra quanto indicato nella contestazione e quanto addotto in motivazione del licenziamento. E, sebbene la norma abbia voluto dire espressamente, alla luce della breve, spiacevole esperienza giurisprudenziale pregressa che, rispetto alla insussistenza del fatto dimostrata in giudizio, deve restare «estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», è consigliabile che una certa proporzionalità (*sine ira et studio*) tra il fatto, esistente, e il licenziamento si possa allegare.

E, anche a questo proposito, pur essendo venuto meno il riferimento alle previsioni contrattuali in materia di sanzioni disciplinari, varrebbe la pena riconsiderare l’opportunità e riattivare l’uso di redigere Regolamenti interni, contenenti le regole di comportamento aziendale; tenendo anche conto delle necessarie (auto)tutele ambientali e di sicurezza, oltre che della vera e propria disciplina, con le specifiche previsioni rimediali (sanzioni) corrispondenti alle diverse violazioni, nei vari gradi. Regolamenti che potrebbero essere condivisi con i rappresentanti (sindacali) dei lavoratori e dovrebbero essere oggetto di ampia comunicazione, illustrazione e formazione, sin dal primo momento di ingresso in azienda; non trascurando un periodo di *vacatio*, per dir così, riferito alla fase di acclimatamento del lavoratore. Infatti, i custodi del diritto, che si tengono a debita distanza dalle realtà produttive, possono avere difficoltà a comprendere quale rilevanza possano avere sulla intera comunità di fabbrica o di ufficio (privato), le violazioni disciplinari, anche apparentemente minimali, viste dall’esterno.

Conclusioni

Sono ben note le condizioni politiche, o meglio endopartitiche, che hanno portato alle formulazioni normative di cui sopra, con tutto il carico di problemi che possono essere facilmente visti in prospettiva, nella irrisolta *querelle* tra politica e giustizia, con l'ampio avallo di una dottrina attardata sulla difesa di posizioni non più difendibili e finanche deleterie per i soggetti che si pretende di tutelare, con posizioni ideologiche condannate dalla storia.

Mentre è soltanto la fiducia che può far rendere più efficienti i mercati, compreso il mercato del lavoro, il mercato delle relazioni interpersonali, il mercato delle regole. La fiducia può risolvere la contrapposizione tra l'autorità e il cittadino. Anche se si tratta essenzialmente di un problema culturale la cui soluzione non può essere determinata da una legge, ma soltanto da un lungo percorso di cambiamento, nel quale si può soltanto cercare di fare ciascuno la propria parte.

Perciò saranno i consulenti delle aziende i primi a dover promuovere la fiducia nella legge. Anche se, ovviamente, dovrà trattarsi di una fiducia munita di ampie cautele e condita da una certa dose di scetticismo. Ma potrà essere utile, specialmente nei primi tempi di applicazione del diritto nuovo, con tutte le incrostazioni concettuali che sono inevitabili, praticare una speciale cautela, investigando accuratamente le reali intenzioni delle aziende, sulla scorta delle necessità.

Inquadrandolo, conseguentemente, le soluzioni più opportune a soddisfare tali intenzioni/necessità e sostenendo tecnicamente lo sviluppo di tutte le iniziative relazionali/negoziali, precontenziose, atte non soltanto ad evitare la lite, con la sua alea, ma anche e soprattutto a salvaguardare la relazione che, pur dovendosi concludere in un certo momento, potrebbe riattivarsi in altro momento o in altra forma.

D'altro canto se, malgrado tutte le cautele dei più, ci saranno esiti di giudizio in certo qual modo scandalosi, come quelli rammentati da Del Re, l'accreditamento di questa nuova cultura del lavoro non dovrebbe arrestarsi, ma potrebbe soltanto rallentarsi. Perciò, ricordandoci del Manzoni, diciamo anche noi "adelante con juicio" e con tranquillità, perché la pioggia dell'innovazione tecnologica sta già cadendo abbondante e la peste non potrà continuare a imperversare.