

Le discipline dei licenziamenti in Europa

Ricognizioni e confronti

a cura di
Marcello Pedrazzoli

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

Collana fondata da Giuseppe Pera
Diretta da Franco Liso, Luca Nogler
e Silvana Sciarra

FRANCOANGELI

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.





Collana fondata da Giuseppe Pera

*Diretta da Franco Liso, Luca Nogler e
Silvana Sciarra*

Comitato scientifico: Maria Vittoria Ballestrero (Università di Genova) – Nicola Countouris (University College London) – Riccardo Del Punta (Università di Firenze) – Maximilian Fuchs (Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt) – Sir Bob Hepple, QC, FBA, (University of Cambridge) – Antonio Lo Faro (Università di Catania) – Mario Napoli (Università Cattolica del Sacro Cuore) – Magdalena Nogueira Guastavino (Universidad Autónoma de Madrid) – Paolo Pascucci (Università di Urbino) – Roberto Pessi (Università Luiss Guido Carli) – Roberto Romei (Università di Roma 3) – Valerio Speciale (Università di Pescara) – Quanxing Wang (Shanghai University of Finance and Economics)

I contributi pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo "double blinde"

Con l'integrazione innescata dalla globalizzazione dei mercati economici e finanziari, il diritto del lavoro è entrato dovunque in una fase di ripensamento dei propri presupposti sistematici e valoriali. I sistemi nazionali tendono a integrarsi in quelli sovranazionali e si affermano nuove relazioni transnazionali, che richiedono di essere individuate, analizzate e regolamentate con strumenti vincolanti e non.

La prestigiosa Collana di diritto del lavoro, già diretta dall'indimenticato Giuseppe Pera, viene così riattivata in un contesto che presenta forti elementi di novità, sia dal punto di vista dei fenomeni regolati, sia delle risposte regolative, sia della metodologia d'analisi.

La Collana, aperta a contributi relativi a tutti i sistemi giuridici, intende favorire il confronto con le nuove prassi internazionali e con l'analisi economica, nella prospettiva di misurare le conseguenze delle diverse scelte regolative. I direttori auspicano che il confronto tra sistemi nazionali di diritto del lavoro possa essere il frutto di analisi comparate metodologicamente corrette, aperte all'analisi del contesto socio-economico, culturale e antropologico di riferimento.

Nella consapevolezza che il diritto del lavoro oggi non possa prescindere da un dialogo sistematico con le altre discipline giuridiche, né da un confronto con l'evoluzione del pensiero giuridico nel contesto europeo e "mondiale", la Collana intende ospitare contributi di studiosi non solo italiani ed è aperta alla prospettiva di pubblicazioni in lingue diverse. Per raggiungere questi obiettivi, la Collana ospita nel comitato scientifico studiosi di varie nazionalità, in modo che siano rappresentate le culture accademiche delle differenti parti del pianeta.

La Collana vuole, inoltre, contribuire a un'esigenza di rinnovamento che è ormai ampiamente avvertita nell'accademia italiana e dedica la massima attenzione alla verifica della qualità dei prodotti scientifici, utilizzando rigorosi criteri di valutazione.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Le discipline dei licenziamenti in Europa

Ricognizioni e confronti

a cura di
Marcello Pedrazzoli

con scritti di:

**Riccardo Del Punta, Luca Nogler, Marcello Pedrazzoli,
Adalberto Perulli, Giulio Centamore, Sabrina Grivet-Fetà,
Federico Martelloni, Chiara Pederzoli, Luca Ratti**

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSAZIONALI

FRANCOANGELI

Grafica della copertina: Elena Pellegrini

Copyright © 2014 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Presentazione	pag.	11
1. La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18, di Riccardo Del Punta		
<i>Del Punta</i>	»	13
1. L'indomani di una riforma	»	13
2. Il licenziamento nullo	»	20
3. Ingiustificato non vuol dire discriminatorio	»	25
4. Le due tutele del licenziamento ingiustificato e il controllo giudiziale	»	30
5. Il licenziamento disciplinare	»	34
5.1. L'insussistenza del fatto contestato	»	35
5.2. Il fatto punibile con una sanzione conservativa in base ai codici disciplinari	»	39
6. Il licenziamento economico	»	45
7. Il licenziamento viziato nella forma o nella procedura	»	52
8. E il lavoro pubblico?	»	54
2. I licenziamenti in Francia, di Giulio Centamore	»	59
1. Evoluzione della disciplina: uno schizzo	»	59
2. Il <i>droit commun de licenciement</i>	»	63
2.1. Requisiti formali e procedurali	»	63
2.2. Il principio di giustificatezza: la <i>cause réelle et sérieuse</i>	»	64
2.3. Le «conseguenze» del licenziamento legittimo: preavviso e <i>indemnité de licenciement</i>	»	66
3. I motivi personali di licenziamento	»	68
3.1. Il licenziamento disciplinare	»	69
3.2. Altre ipotesi di motivo personale	»	70
4. Il licenziamento per motivo economico	»	72
4.1. Gli obblighi datoriali nel licenziamento economico: <i>reclassement, adaptation, priorité de réembauche, contrat de sécurisation professionnelle, congé de reclassement</i>	»	72

4.2. Le «ragioni economiche» del licenziamento: la definizione del <i>Code du travail</i> e la giurisprudenza creativa della <i>Cour de cassation</i>	pag. 74
4.3. Il licenziamento collettivo	» 77
5. Il licenziamento viziato e i suoi rimedi	» 81
5.1. Violazione della procedura o mancanza di <i>cause réelle et sérieuse</i> : la tutela indennitaria	» 82
5.2. Le ipotesi di nullità previste dal <i>Code du travail</i> e la violazione di una <i>liberté fondamentale</i> : la tutela reintegratoria	» 83
6. Prove di <i>flexicurité à la européenne: contrat unique, contrat nouvelles embauches</i> e <i>contrat première embauche</i>	» 85
7. Verso una <i>flexicurité à la française</i> : la <i>rupture conventionnelle</i>	» 88
Dati economico-statistici	» 90
3. I licenziamenti in Germania , di <i>Sabrina Grivet-Fetà</i>	» 93
1. Alcune premesse storico-normative	» 93
2. Distinzione fra recesso ordinario e straordinario e termini di preavviso	» 97
3. Il <i>Kündigungsschutzgesetz</i> 1951: la tripartizione dei motivi «socialmente legittimanti»	» 99
4. Altri requisiti, presupposti e valutazioni nel licenziamento: ponderazione di interessi (<i>Interessenabwägung</i>), scelta sociale (<i>Sozialauswahl</i>), principio dell'ultima ratio e ripescaggio (<i>repêchage</i>). Il recesso modificativo (<i>Änderungskündigung</i>)	» 104
5. Forme e procedure da osservare nei licenziamenti: in particolare l' <i>Anhörung</i> del <i>Betriebsrat</i>	» 107
6. La disciplina del licenziamento collettivo (<i>Maßenentlassung</i>)	» 110
7. Sanzioni e tutele del licenziamento illegittimo	» 113
7.1. Inefficacia, inammissibilità e nullità: il licenziamento non scioglie il rapporto	» 113
7.2. Impugnazione e decisione: il giudice fra <i>Weiterbeschäftigung</i> e <i>Abfindung</i>	» 114
7.3. La via stragiudiziale	» 117
8. L'indennizzo preventivo nella <i>betriebsbedingte Kündigung</i>	» 118
9. Cenni su misure di accompagnamento e ammortizzatori	» 121
Dati economico-statistici	» 122
4. I licenziamenti in Gran Bretagna , di <i>Luca Ratti</i>	» 123
1. <i>Common law e statute law</i> : l'evoluzione delle rispettive regole	» 123
2. Il licenziamento in <i>common law</i> : disciplina del preavviso, <i>summary dismissal</i> e clausole di <i>job security</i>	» 127
3. Il licenziamento nello <i>statute law</i> : comunicazione scritta dei motivi e <i>qualifying period</i>	» 129
4. Circostanze o situazioni nelle quali si applica la disciplina dell' <i>unfair dismissal</i>	» 131

5. Causalità e ragionevolezza del licenziamento. Ragioni che ne determinano l'illiceità ed ipotesi di <i>immunity</i> del datore di lavoro	pag. 134
6. Licenziamento disciplinare e codice di buone pratiche ACAS	» 136
7. I licenziamenti per motivi economici	» 139
7.1. Licenziamento individuale e <i>redundancy compensation</i>	» 140
7.2. Il licenziamento collettivo per esubero di personale	» 142
8. Rimedi contro il licenziamento illegittimo	» 144
8.1. <i>Compensation e re-employment</i> (nello <i>statute law</i>)	» 144
8.2. <i>Damages e specific performance</i> (nel <i>common law</i>)	» 147
Dati economico-statistici	» 149
5. I licenziamenti in Portogallo , di <i>Federico Martelloni</i>	» 151
1. Diritto dei licenziamenti e principio costituzionale di « <i>segurança no emprego</i> »	» 151
1.1. Dal <i>Código de Seabra</i> (1937) al <i>Código do Trabalho</i> (2003-2009)	» 152
1.2. La legislazione della crisi (2011-2012)	» 155
2. Il licenziamento disciplinare (<i>por facto imputável ao trabalhador</i>)	» 156
3. I licenziamenti per ragioni oggettive	» 160
3.1. <i>Despedimento colectivo</i>	» 161
3.2. Licenziamento <i>por extinção de posto de trabalho</i>	» 163
3.3. Licenziamento <i>por inadaptação</i>	» 165
4. Requisiti formali e procedurali del licenziamento	» 167
4.1. Principi e fasi del <i>processo disciplinar</i>	» 167
4.2. La procedura nei licenziamenti per ragioni oggettive: intervento sindacale e controllo amministrativo (attenuato)	» 170
5. La <i>compensação</i> per la perdita del lavoro	» 173
6. I vizi del licenziamento: regole generali e <i>causas específicas</i>	» 175
7. Contestazione del licenziamento ed effetti della sua <i>ilicitude</i>	» 177
7.1. Impugnazione giudiziale del licenziamento: sospensione cautelare (art. 386) e azione principale (art. 387)	» 177
7.2. Conseguenze del <i>despedimento ilícito: reintegração, indemnização e salários intercalares</i>	» 179
Dati economico-statistici	» 182
6. I licenziamenti in Spagna , di <i>Chiara Pederzoli</i>	» 185
1. Le discipline di tutela nello sviluppo storico	» 185
2. Estinzione del rapporto di lavoro e dimissioni del lavoratore: quadro generale	» 189
3. Giustificazione del licenziamento: l'elencazione legislativa delle cause	» 191
3.1. L'estinzione del contratto per ragioni oggettive	» 191
3.2. Il licenziamento disciplinare	» 193
4. Requisiti formali e procedurali del licenziamento individuale	» 195

4.1. Regole del licenziamento per motivi oggettivi: il preavviso e l'indennizzo preventivo per la perdita del posto di lavoro	pag. 196
4.2. Forma del licenziamento disciplinare. In particolare: l' <i>expediente contradictorio</i> per i rappresentanti dei lavoratori	» 197
5. Il licenziamento collettivo	» 199
5.1. Nozione, soglie numeriche e ragioni giustificative	» 199
5.2. La procedura. La consultazione con i rappresentanti dei lavoratori	» 201
5.3. Scelta dei lavoratori da licenziare e predisposizione del piano di ricollocazione	» 203
6. Qualificazioni del licenziamento invalido e trattamenti conseguenti	» 204
6.1. <i>Despido improcedente</i> : opzione fra <i>readmisión e indemnización</i> e corresponsione «limitata» dei <i>salarios de tramitación</i>	» 204
6.2. Il <i>despido nulo</i> per violazione dei diritti fondamentali: <i>readmisión inmediata</i> , corresponsione «illimitata» dei <i>salarios de tramitación e indemnización por perjuicios adicionales</i>	» 208
7. Questioni processuali e impugnazione del licenziamento individuale e collettivo. Il cd. <i>incidente de no readmisión</i>	» 210
8. Riepilogo sulle novità del 2012: abrogazione del cd. <i>despido exprés e contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores</i>	» 213
Dati economico-statistici	» 218
7. La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato, di Luca Nogler	» 221
1. L'epoca delle <i>legal reform</i> . Le diverse strategie argomentative	» 221
2. I limiti della misurazione delle discipline dei licenziamenti ingiustificati: l'esempio dei Paesi Bassi	» 227
3. L'ormai definitiva sindacabilità della giustificazione del licenziamento	» 229
3.1. Il licenziamento per inadempimento	» 232
3.2. Il licenziamento per ragioni organizzative	» 236
3.3. Il licenziamento nullo e quello per impossibilità sopravvenuta della prestazione	» 240
4. La tutela reale. Fattori di differenziazione con il sistema tedesco	» 243
4.1. Tutela costitutiva-demolitoria o dichiarativa della nullità? (con cenni alla revoca del licenziamento)	» 245
4.2. La non automaticità della tutela	» 246
4.3. L'assenza di strumenti compulsivi e la tutela monetaria relativa al periodo intermedio	» 249
5. L'indennità sostitutiva della reintegrazione	» 250

8. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna, di Adalberto Perulli	pag. 253
1. Il controllo giudiziario del licenziamento economico e la sua critica	» 253
2. La valutazione della ragione economica: i sincretismi giudiziari	» 260
3. Le tendenze recenti: evitamento del controllo giudiziario e monetizzazione del recesso	» 268
3.1. La riforma Fornero	» 272
3.2. La riforma spagnola	» 280
4. Verso una nuova tirannia dei valori economici	» 282
9. Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana, di Marcello Pedrazzoli	» 285
1. Le discipline del licenziamento in Europa nel secondo dopoguerra ...	» 285
2. e la «tastiera» funzionale delle tecniche di tutela. Il pregiudizio in sé del licenziamento per ragioni oggettive e l'esigenza di precalcolarne il costo	» 288
3. Occasione e limiti della presente comparazione	» 292
<i>Sez. I – Ambiti e ipotesi di giustificazione: sulla cd. causalità del licenziamento</i>	
4. Dicotomie e tripartizioni delle ragioni legittimanti: natura «auto-ostensiva» delle definizioni	» 295
5. I motivi concreti di fronte a ipotesi specifiche e a «macromotivi». L'esigenza di lealtà comunicativa nella giustificazione (<i>cause réelle et sérieuse</i> e <i>reasonableness</i>)	» 298
6. Ancora sull'aselettività delle causali, in specie nel licenziamento, individuale e collettivo, per ragioni economiche	» 302
7. Sillogismo della giustificazione e modelli di verifica giudiziale (riepilogo)	» 306
<i>Sez. II – Vincoli di forma e di procedimento</i>	
8. Intensità delle regole procedurali e tipo di motivo sottostante al licenziamento	» 310
9. Il controllo sindacale: <i>Anhörung</i> del <i>Betriebsrat</i> e generalizzazione della informazione-consultazione nei licenziamenti collettivi. L'autorizzazione amministrativa al licenziamento	» 313
10. Indizi di un mutamento di funzione	» 316
<i>Sez. III – Illegittimità dell'atto e rimedi: indennizzo e reintegrazione</i>	
11. Qualificazioni dell'invalidità, efficacia e inefficacia dell'atto invalido, sanzioni e rimedi. Sull'oggetto dell'azione di impugnazione del licenziamento	» 319
12. Diritto comune e microsistema nelle discipline del licenziamento. Priorità vs riparto di tutela reintegratoria e tutela risarcitoria: sistemi dualistici (Francia e Spagna)	» 321

13. <i>Segue</i> : Sistemi monistici (Portogallo, Germania, Gran Bretagna)	pag. 325
14. Oltre la sanzione: indennità automatica e <i>firing cost</i> nel licenziamento per ragioni economiche	» 329
<i>Sez. IV – La riforma italiana: qualche aspetto rimarchevole e una proposta</i>	
15. Il passato art. 18 e le sue anomalie: uno schizzo (pro riforma)	» 332
16. Il contenimento della durata del processo e la considerazione a sé stante dei licenziamenti per motivo oggettivo	» 339
17. Verso un previo indennizzo transattivo? Ancora sul bilanciamento di principi e beni nell'uno e nell'altro tipo di licenziamento	» 343
Testi normativi (Italia, p. 349; Francia, p. 356; Germania, p. 369; Gran Bretagna, p. 378; Portogallo, p. 389; Spagna, p. 399)	» 347
Abbreviazioni e acronimi	» 411
Bibliografia	» 413

Presentazione

Dopo decenni di attese, dilazioni e inconcludenze, la nevralgica materia dei licenziamenti è stata fortemente incisa dalla legge Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92), che ne ha innovato le regole in un modo complesso e pure complicato, allineandole per vari aspetti a canoni, distinzioni, strumenti e criteri da tempo invalsi in altri ordinamenti e dando così corpo ad un sistema normativo assai differente da quello passato. Un cambiamento così imponente offriva l'occasione di ripensare il sistema di tutele contro il licenziamento nel filtro di una lettura più ampia, giustificata dall'esigenza di raffronto con altre importanti esperienze normative.

In questo libro si perseguono perciò due obiettivi (in senso lato) di comparazione. Per un verso vengono presentate in modo organico le discipline vigenti in alcuni paesi europei con assetti economici paragonabili al nostro. Per un altro verso, le tecniche di tutela e gli accorgimenti normativi ora da noi previsti, sono misurati su tali discipline con una serie di riscontri e collaudi, in modo da abbozzare una prognosi sul funzionamento del nostro licenziamento riformato – avendo ben in mente «come eravamo» – con riguardo ad aspetti sia specifici che d'insieme.

La «ricognizione» di cui al primo obiettivo è realizzata con il contributo, oltremodo autorevole in materia, di *Riccardo Del Punta*, che ha analizzato il nuovo art. 18 e i problemi da esso sollevati. A tale saggio segue l'illustrazione delle normative di Francia, Germania, Gran Bretagna, Portogallo e Spagna, ad opera di cinque giovani studiosi (nell'ordine: *Giulio Centamore*, *Sabrina Grivet-Fetà*, *Luca Ratti*, *Federico Martelloni* e *Chiara Pederzoli*) che hanno approfondito tali ordinamenti in una intensa collaborazione all'insegnamento bolognese di «Diritto del lavoro comparato e transnazionale» (corso 2012-13), affinandone via via la comprensione.

Al «confronto» critico delle novità italiane con quanto è previsto altrove sono espressamente dedicati gli ultimi tre saggi o capitoli del libro. Quello a largo raggio, attenendo all'intera tematica, di *Luca Nogler*, si misura con

grande padronanza specialmente, ma non solo, con il sistema tedesco; quello di *Adalberto Perulli* tematizza con acume il nostro controllo giudiziale del licenziamento economico, raffrontandolo con quanto succede in Francia e Spagna. Infine, nel saggio finale, mi propongo di tirare un po' le fila, ripercorrendo trasversalmente i materiali normativi (specie) dei cinque paesi sopracitati, allo scopo di accogliere nell'*habitat* più spazioso di una comparazione a tutto campo, il prima, ma specialmente il dopo, della nostra riforma.

Ringrazio il dott. *Luca Ratti*, che ha molto contribuito, in modo attento e competente, alla cura di questo libro.

Bologna, settembre 2013

M. P.

1. La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18

di Riccardo Del Punta*

1. L'indomani di una riforma

Ad un anno di distanza dalla «Riforma Fornero» e, per quanto interessa in questa sede, dalla riscrittura dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, l'impressione è che alla concitazione, non di rado indignata, dei primi commenti, si sia sostituito un approccio più riflessivo¹. Un ritorno di pacatezza dovuto, forse, all'ormai consumata, nei più, elaborazione del lutto per quello che un caro Maestro è arrivato a definire il «massacro» dell'art. 18².

Ebbene sì, il massacro è avvenuto, e per giunta – un'aggravante, dal punto di vista della dottrina – su iniziativa di un Governo «tecnico» (un aggettivo che ha peraltro coperto il realizzarsi, nella circostanza, di un compromesso tutto politico: v. *infra*), al quale la forza dello stato di necessità ha consentito quel che in stagioni precedenti, ed anche per riforme assai meno invasive, si era rivelato impraticabile.

E così, come già la scala mobile, anche l'art. 18 alla fine è stato «toccato», con tutto quello che di contorto e sofferto ciò ha comportato, ma anche con l'incombere della sensazione che una linea di non ritorno sia stata probabilmente superata, al punto che, al netto della prospettiva referendaria che si è messa in moto, qualunque avvertito elettore di centro-sinistra è consapevole, in cuor suo, che se anche il proprio schieramento avesse vinto le elezioni politiche del febbraio 2013, non sarebbe ritornato sulla questione dell'art. 18; avrebbe rinunciato, insomma, a ripulire il «lavoro sporco» lasciato fare al Governo Monti.

Lo dimostra, in modo indiretto, la circostanza che gli interventi correttivi effettuati sulla Riforma Fornero, da parte del Governo politico che è suc-

* Professore ordinario nell'Università di Firenze.

¹ Un'evoluzione emotivo-intellettuale, pur di solito nell'invarianza del tasso critico, della quale si può prendere ad esemplificazione la transizione da Carinci F., 2012a, a Carinci F., 2013. Per un giudizio molto critico sul nuovo testo, v. Magrini, 2012. Per un apprezzamento di alcuni aspetti positivi della riforma, in quanto ispirati da pragmatismo, v. invece Papaleoni, 2013.

² V. Romagnoli, 2013, 159 ss.

ceduto a quello Monti (*id est*, del Governo anch'esso di «emergenza», ma nel quale i politici, che avevano evitato di compromettersi col precedente Esecutivo, non hanno potuto esimersi, questa volta, dall'entrare), si sono concentrati non sul corno della Riforma che aveva tentato di realizzare una maggiore flessibilità «in uscita», bensì su quello che, per tentare di riequilibrare su basi meno dualistiche il mercato del lavoro, aveva promosso, sia pure in modo selettivo (basti pensare all'apertura al contratto a termine acausale), una riduzione della flessibilità «in entrata».

Ma è, quella dei commenti della seconda ora, vera pacatezza, o soltanto la continuazione della guerra interpretativa con altri e più ponderati mezzi? In entrambe le affermazioni c'è del vero. Se, da un lato, in quasi tutti gli osservatori, l'indignazione iniziale per l'offesa al sacro testo, che si è psicologicamente scaricata in una corsa all'uso di matite rosse per marchiare le incongruenze e le contraddizioni del cd. «legislatore»³ (con un simmetrico oblio delle pecche del testo precedente⁴, senza con ciò voler evocare gli spettri – oltretutto risalenti ad un testo ancora anteriore – della legge «malfatta»), ha lasciato spazio ad un atteggiamento interpretativo più costruttivo, mirante a rendere la nuova norma capace di funzionare (e non soltanto, ad es., ad immaginare incidenti di costituzionalità, che pure è ovviamente lecito evocare e che ci saranno⁵, anche se presumibilmente come *second choice* rispetto ad interpretazioni «costituzionalmente conformi»), dall'altro lato, nondimeno, le energie dei più si sono spese nel tentativo di enfatizzare al massimo le (pur magari deplorate) ambiguità del testo, al fine di tirarlo il più possibile dalla propria parte. Ciò, in specie, sul punto cruciale di quanto spazio continuare a dare, nell'applicazione del nuovo art. 18, alla tutela reintegratoria (sino all'estremo di vanificare, secondo il perenne insegnamento del Principe di Salina – ma qui in una logica di «conservazione del (ritenuto) progresso» –, le innovazioni della riforma), e quanto concederne, di contro, alla nuova, nonché «eversiva» (ma non certamente, sia in sé che negli importi messi in campo⁶, nella comparazione europea⁷), tutela indennitaria o economica.

³ O di quello che si insiste, per il bisogno di imputare le leggi ad un autore, a denominare tale, ma che in realtà non è un soggetto ma soltanto un processo, oltretutto sempre in bilico tra ordine e caos.

⁴ Al quale Tullini, 2013, 153, attribuisce un fantomatico (secondo me) «equilibrio». Per una disamina critica del vecchio art. 18, mi permetto di rinviare, anche per i necessari riferimenti, a Del Punta, 2010a.

⁵ E sui quali mi sono espresso, se vuoi, in Del Punta, 2012b, 362-363.

⁶ Come riconosce Speziale, 2013, 314.

⁷ Si v., in questo volume Pedrazzoli, Cap. 9, nonché Nogler, Cap. 7 (corrispondente a Nogler, 2012c, 682 ss.) per una comparazione in ispecie col diritto tedesco; Orlandini, 2012, con accenti critici (641 ss.) sul «contorto sistema sanzionatorio» previsto dall'art. 18 riformato.

Sia come sia, gli osservatori più saggi⁸ hanno valorizzato a dovere, senza farci sopra troppe lamentazioni, la circostanza che il testo dell'art. 18 che è passato nella versione finale del Disegno di legge governativo (ed al quale, nel dibattito parlamentare, è stato apportato soltanto un ritocco), è stato, in ciascuna parte e nel tutto, la risultante di un faticoso compromesso politico fra le forze politiche (e, mediamente, sindacali) che sostenevano, dall'esterno, il Governo tecnico. Essi si sono resi conto, cioè, che, quella del *compromesso* è stata la cifra caratterizzante di questo intervento legislativo, in ragione della particolare natura del Governo e del carattere *bipartisan* della maggioranza politica che lo sosteneva.

E, fuor di metafora, il compromesso concreto che il testo è stato chiamato a perseguire equivaleva ad una *mission impossible*: quella di ridimensionare la tutela reintegratoria – vale a dire il cuore del simbolo – senza però eliminarla, in tal modo consentendo, al Governo, di confermare l'impegno assunto con le istituzioni europee ed internazionali, ed ai due schieramenti di apparire, non già come vincitori, bensì come non sconfitti.

E quando – pressoché da subito – si è rivelata politicamente impraticabile una riforma dell'art. 18 tanto radicale da confinare la tutela reintegratoria al solo licenziamento discriminatorio⁹, è seguita una fase in cui è parso che la scelta potesse essere quella di posizionare la linea di demarcazione fra tale tutela e quella indennitaria (ormai scritta nel destino) sulla frontiera della distinzione tra licenziamento disciplinare e licenziamento economico. E dopo che, peraltro, anche questo secondo disegno (del quale è un residuo, nel disposto, la norma di cui all'art. 18, comma 7, ultimo periodo), già zoppicante in punto di ragionevolezza, si è rivelato non realizzabile, per la semplice quanto insormontabile ragione che PD e CGIL non l'avrebbero mai sostenuto, l'unica scelta rimasta a disposizione è stata quella di far passare la linea fra le due tutele, orizzontalmente, attraverso entrambe le tipologie di licenziamento ingiustificato, così da isolare, per ciascuna di esse, un'area di ingiustificatezza aggravata o qualificata, nella quale preservare la tutela reintegratoria, ed una di ingiustificatezza semplice¹⁰, nella quale chiamare a dispiegarsi la tutela economica.

In altre parole, al netto di tutte le possibili critiche, non è da dimenticare, a consuntivo, che a) quella di «spacchettare» le tutele dell'art. 18 era l'unica soluzione possibile nel contesto politico e parlamentare dato, a meno ovviamente di rinunciare a qualunque riforma (e considerato, altresì, che nel contempo il Governo aveva escluso, in quanto politicamente impratica-

⁸ V., in particolare, De Luca, 2013a, 3 ss. e 38.

⁹ Che peraltro, piuttosto che nelle intenzioni del Governo (v. Carinci F., 2013, 478-479), era nei voti delle organizzazioni imprenditoriali.

¹⁰ Per questo lessico, v. Vallebona, 2013a, 14 ss.

bili, altre prospettive come quella del cd. contratto unico), nonché b) che quello di sdoppiare il regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato era l'unico possibile punto di caduta del gioco incrociato delle pressioni e dei veti (nelle convulsioni del quale, tra l'altro, il mantenimento della tutela reintegratoria anche per il licenziamento economico ingiustificato è stato «pagato» con la riduzione del massimo della tutela indennitaria, che è stato portato dalle ipotizzate 27 alle stabilite 24 mensilità, oltre che con gli aggiustamenti dell'ultimissimo momento, operati sul regime del licenziamento economico¹¹).

Quanto alle oscurità dei termini nei quali è stata congegnata la separazione tra le tutele¹², anch'esse sono imputabili, almeno in parte, alla logica del compromesso. In particolare, per i difensori della reintegrazione, era rassicurante la possibilità che una magistratura sentita, a buon titolo, come in consonanza col vecchio testo, potesse trovare nel nuovo gli spazi per un'interpretazione della riforma in chiave di continuismo garantista. È stato da tempo segnalato, del resto, il fenomeno dell'intenzionale oscurità delle leggi¹³, in specie allorquando «all'*iter* di formazione del documento partecipano portatori di diversi e confliggenti interessi, volontà e pretese, e questi soggetti pervengono ad una soluzione di compromesso non già sulla norma, bensì sulla formula, cioè sull'enunciato normativo, proprio in grazie della sua interpretabilità in sensi diversi e confliggenti»¹⁴.

A ciò è da aggiungere, *ad colorandum*, che questa dinamica di fondo si è sviluppata in un confronto serrato, contrassegnato da un'attenzione quasi ossessiva, da parte degli attori della concertazione politico-sindacale, alle soluzioni lessicali che si sono susseguite nelle tante bozze del testo, e soprattutto alla risonanza mediatica delle stesse. Dal che sono discesi, tra l'altro, alcuni non positivi effetti collaterali.

Anzitutto, una volta raggiunto l'accordo politico su un certo testo, questo è divenuto intoccabile a livello tecnico, temendo, ciascuna delle parti, che qualunque e pur minima modifica lessicale – per quanto animata da

¹¹ In argomento, v. *infra*, § 6. Nella logica delle vicende di scambio politico di cui si narra nel testo trova una spiegazione – ma non necessariamente una giustificazione – anche l'anodina comparsa della norma introdotta (in fine all'art. 30, comma 1, legge n. 183/2010) dall'art. 1, comma 43, della legge n. 92/2012, secondo cui «L'inosservanza delle disposizioni ...in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto». Un sublime esempio di norma superflua (malgrado l'opinione di Brun, 2012, 183), in quanto già in precedenza l'inosservanza in discorso poteva essere configurata come vizio di diritto, e non di mera motivazione.

¹² Sulle quali v. ampiamente *infra*, spec. § 4-6.

¹³ V. Ainis, 1997.

¹⁴ V. Tarello, 1980, 366-367.

tecniche intenzioni – potesse avere implicazioni non controllabili e spostasse l'equilibrio politico dell'insieme.

Il secondo effetto collaterale è stato che l'energia politica e tecnica assorbita dal disegno di riforma dell'art. 18 è stata tale, da precludere qualunque presa in considerazione delle conseguenze sistematiche dell'intervento.

Così, per quanto i promotori della legge potessero essere consapevoli che il nuovo regime dei vizi formali e procedurali nell'ambito di applicazione dell'art. 18 sarebbe venuto ad accentuare ulteriormente, portandola oltre il livello di guardia (non già, peraltro, a produrre, visto che essa già c'era nell'assetto precedente), la discrasia col regime sanzionatorio (inefficacia di diritto comune) applicabile¹⁵ al vizio di motivazione¹⁶ di un licenziamento assoggettato alla tutela obbligatoria¹⁷, il problema non ha potuto essere affrontato perché le piccole imprese dovevano restare fuori (come sono restates, salvo che per la sanzione del licenziamento orale) dalla riforma.

Ancora, per quanto potesse essere evidente l'impatto di incertezza che la modifica dell'art. 18 avrebbe avuto sui correnti indirizzi giurisprudenziali in tema di decorso della prescrizione dei diritti dei lavoratori, non v'è stato modo di misurarsi col tema nell'ambito dell'intervento di riforma¹⁸.

Tutto ciò concesso, lo spazio per le critiche, di politica del diritto e generali e/o tecniche, permane ovviamente ampio.

Per quanto concerne le *critiche generali*¹⁹, è da rimarcare una certa reticenza dei commentatori, i quali, salvo eccezioni, hanno preferito nascondersi dietro le non difficili critiche al disegno delle nuove tutele, eludendo un interrogativo di fondo: ma era poi così equo prevedere il medesimo regime sanzionatorio totalmente a prescindere dalla gravità del vizio del licenziamento, o non è comunque più ragionevole – a prescindere dal modo in cui tale intento è stato realizzato (del quale si discuterà ampiamente nel prosieguo) – «misurare la congruità delle conseguenze sanzionatorie in ba-

¹⁵ Sin da Cass., sez. un., 27.7.1999, n. 508.

¹⁶ Giacché al licenziamento disciplinare viziato per violazione della procedura *ex art. 7 St. lav.* si applica la sanzione valevole, nell'area, per il licenziamento ingiustificato (Cass., sez. un., 26.4.1994, nn. 3965 e 3966). Sul punto, cfr. Tremolada, 2013, 116.

¹⁷ Per questo diffuso rilievo, v. ad es. Carinci F., 2013, 480; D'Onghia, 2013, 370; Pisani, 2013, 265-267, che prospetta un'incostituzionalità, *ex artt. 3 e 41 Cost.*, per la disparità di trattamento ai danni delle piccole imprese.

¹⁸ Per l'opinione che, essendo venuta meno l'immancabilità della reintegrazione, la prescrizione dei diritti dei lavoratori non decorre più in corso di rapporto, v. Mazzotta, 2013, 244; Sordi, 2013, 339 ss.; Vallebona, 2013a, 20-21. Più problematico l'approccio di Cester, 2013b, 78 ss., che auspica una rivisitazione legislativa della materia.

¹⁹ A proposito delle quali, peraltro, si eviterà in questa sede di misurarsi con la vessata tematica della giustificazione, in particolare economica, dell'intervento legislativo (sulla quale v. ad es., con accenti particolarmente critici, Speziale, 2013, 316 ss.).

se al grado di scostamento, da parte del datore di lavoro, rispetto al modello legal-tipico al quale è condizionato il suo potere di recesso e dunque la prevalenza del suo interesse rispetto a quello del lavoratore alla conservazione dell'occupazione?»²⁰.

Ma il fatto che la norma, incidentalmente, abbia perseguito anche una distribuzione più equa delle tutele in proporzione alla gravità dei vizi del licenziamento, non deve far sottacere che le sue finalità fondamentali sono state, da un lato, quella di ridimensionare in misura significativa (tramite varie misure, che hanno interessato tanto l'impianto di base, qui col superamento del dogma dell'immancabilità della reintegrazione, quanto i dettagli dell'istituto) il costo del licenziamento illegittimo, e dall'altro lato, quella di rendere tale costo maggiormente calcolabile (tramite la previsione, del tutto assente nel testo previgente, di massimali finalizzati a delimitare *ex ante* lo spettro dei rispettivi rischi, e di favorire, in tal modo²¹, il pragmatico raggiungimento di accordi transattivi).

Quanto alle *critiche tecniche*, due tra esse sono apparse, in particolare, sacrosante²²: quella che ha messo in evidenza il fatto che, nella tutela ripristinatoria attenuata, il massimale di 12 mesi per i danni retributivi²³ sembrerebbe esteso al periodo post-sentenza (per il quale, riprendendo la scelta del legislatore del 1990, è stata confermata la qualificazione risarcitoria delle somme), quando è evidente che esso non può che concernere esclusivamente il periodo ante-sentenza, *olim* definito «intermedio», nel quale si è verificata l'estromissione direttamente derivante dal licenziamento²⁴; e quella che si è facilmente appuntata sull'erronea qualificazione come «inefficace» di un licenziamento, quello affetto da vizi formali o procedurali, del quale il nuovo art. 18, comma 6, sancisce invece la perdurante efficacia, seppur con l'insorgenza dell'obbligo secondario di corrispondere un'indennità risarcitoria ridotta²⁵.

V'è anche stato, di contro, qualche pur circoscritto apprezzamento, ad esempio per lo sforzo della novella di ricondurre espressamente all'art. 18, e figure di licenziamento viziato da sempre sul filo tra diritto speciale (a di-

²⁰ V. i condivisibili rilievi di Cester, 2013a, 16.

²¹ Anche utilizzando, a tal fine, la procedura preventiva di conciliazione che è stata prevista per l'irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 7, legge n. 604/1966, novellato).

²² Mi permetto di rinviare, al riguardo, a Del Punta, 2012b, rispettivamente 362 e 356.

²³ La cui previsione si è accompagnata al superamento, a differenza che nella tutela ripristinatoria piena, del minimo garantito di 5 mensilità: v. Cester, 2013b, 67.

²⁴ Nel senso di cui al testo, v. Cester, 2013b, 69-71; Maresca, 2012a, 440; Sordi, 2013, 307.

²⁵ V. Cester, 2012, 580, e 2013, 27; D'Ongnia, 2013, 369; Pisani, 2013, 264. La norma non merita neppure il tentativo di razionalizzazione di Sordi, 2013, 319. In argomento, v. ancora *infra*, § 7.

spetto della forza attrattiva della tutela reale) e diritto comune, e figure collaterali di licenziamento ingiustificato create o dalla normativa o dalla giurisprudenza, e gravitanti, per lo più, nei dintorni del giustificato motivo oggettivo²⁶.

Del resto, tale sforzo era più che dovuto, perché, una volta rotta l'unitarietà del vecchio art. 18, il legislatore non poteva esimersi dal precisare (anche per il licenziamento collettivo²⁷) quale, delle quattro nuove tutele, doveva applicarsi a questa od a quella tipologia di licenziamento viziato.

A tale operazione, peraltro, non è il caso di attribuire implicazioni sistematiche ulteriori: ad esempio, dal fatto che la sanzione del licenziamento intimato (male) per superato composto sia stata disciplinata nel comma dedicato al licenziamento economico non si può desumere che tale particolare licenziamento – da sempre considerato un'ipotesi a sé, avente base normativa nell'art. 2110, comma 2, c.c. – dovrebbe oggi essere qualificato come per giustificato motivo oggettivo, essendo stata, quella legislativa, una mera equiparazione «*quoad effectum*». Tanto che non v'era motivo di dubitare dell'inapplicabilità, al licenziamento in discorso, della procedura preventiva di conciliazione prescritta per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo²⁸, che è stata comunque ribadita, a scanso di equivoci, dall'art. 7, comma 4, primo periodo, del decreto legge n. 76/2013, convertito con legge n. 99/2013²⁹.

Esaurite queste considerazioni preliminari, è tempo di passare ad una disamina ravvicinata dei principali interrogativi interpretativi suscitati dal

²⁶ V. Cester, 2013a, 12; Mazzotta, 2013, 236. In senso critico anche su questo, v. però Tullini, 155-156.

²⁷ Per il quale la selezione delle tutele applicabili (la tutela economica piena per i vizi procedurali, quella ripristinatoria attenuata per la violazione dei criteri di scelta) è stata operata (art. 5, comma 3, legge n. 223/1991, come modificato dall'art. 1, comma 46, legge n. 92/2012) tenendo conto che tale licenziamento è correntemente escluso dal controllo di giustificazione. Né convince, per ragioni che non v'è qui modo di discutere, la tesi dottrinale (peraltro anche da me sostenuta in un remoto lavoro) che, proprio traendo spunto dalla novella, propone di modificare tale indirizzo, riportando il licenziamento collettivo nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo: v. Giubboni, Carabelli, 2013, 399 ss. In argomento, v. anche Lambertucci, 2013.

²⁸ V. Topo, 2013, 147. Per un'opinione contraria, v. però Zoppoli L., 2012, 141.

²⁹ Quanto alla scelta di prevedere sempre, in caso di illegittimità di tale licenziamento, così come di quello disposto, anche ai sensi degli art. 4, comma 4, secondo periodo, e 10, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 68/1999, per inidoneità fisica o psichica del lavoratore (un'illegittimità che, nel caso, include quella discendente dalla mancata prova dell'impossibilità di recuperare il dipendente in altra mansione: v. Sordi, 2013, 296), la tutela ripristinatoria pur attenuata (art. 18, comma 7, primo periodo), essa è motivata dalla rilevanza del bene – la salute – messo in gioco (nel caso, a torto) dall'esercizio, in tali circostanze, del potere di licenziamento. Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità del lavoratore, v. Topo, 2013, 148-150.