

Introduzione

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di analizzare l'istituto del *licenziamento disciplinare* attraverso la sua evoluzione storica, a partire dalle norme contenute nel Codice civile del 1942 fino alle novità introdotte dalla riforma del diritto del lavoro del 2015, con specifica attenzione al c.d. contratto a tutele crescenti.

In particolare, saranno analizzate le disposizioni contenute nel d. lgs. n. 23/2015, che molti autori non hanno esitato a definire il «cuore della riforma»¹, in quanto contenitore di una serie di norme che modificano profondamente la disciplina del licenziamento illegittimo, fino a stravolgere e superare l'impianto sanzionatorio in precedenza descritto dall'art. 18 della legge n. 300/1970.

Poiché l'intervento riformatore si è limitato a incidere sullo statuto protettivo di cui gode il lavoratore in caso di licenziamento illegittimo senza modificare le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo (oggettivo e soggettivo), di conseguenza anche la nostra analisi sarà incentrata sulle conseguenze della declaratoria di illegittimità del licenziamento, senza tuttavia trascurare gli aspetti procedurali e processuali (in particolare l'abolizione del c.d. rito Fornero per i nuovi assunti) nonché i c.d. strumenti deflattivi del contenzioso.

¹ P. Ichino, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, in www.pietroichino.it, Milano, 2015.

Un ulteriore aspetto su cui si concentrerà la nostra attenzione è il ruolo del giudice del lavoro, la cui discrezionalità, in precedenza molto ampia, ora viene ridotta sia con riferimento alla scelta della tutela (reintegratoria o economica) da disporre in caso di licenziamento illegittimo, sia con riferimento all'ammontare dell'indennità risarcitoria.

Per meglio comprendere la portata innovativa delle nuove norme, si metterà a confronto la disciplina introdotta dal d. lgs. n. 23/2015, attuativo della legge delega n. 183/2014, con la disciplina previgente di cui al Codice civile, alla legge n. 604/1966 e, soprattutto, di cui all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, così come modificato dalla legge n. 92/2012. In particolare, dopo aver descritto le differenze tra le varie discipline, si cercherà di individuare la ragione giustificatrice di ciascuna innovazione legislativa, ma anche i principi ispiratori e la generale *intentio legis* che stanno alla base della nuova riforma nonché, allo stesso tempo, anche le motivazioni della necessità di un nuovo intervento legislativo a soli tre anni di distanza dalla precedente riforma del diritto del lavoro.

A tal fine, sarà opportuno estendere il nostro sguardo oltre i tradizionali confini della materia del diritto del lavoro, fino ad accogliere nella nostra prospettiva concetti propri del mondo dell'economia. Tale approccio interdisciplinare sarà funzionale anzitutto alla comprensione e alla corretta analisi delle innovazioni legislative, evidentemente influenzate da quella scuola di pensiero nota come *law and economics*, la quale appunto ritiene inscindibili le materie del diritto e dell'economia.

In secondo luogo, studiare il suddetto decreto legislativo anche attraverso una «prospettiva economica»² si rivelerà utile ai fini della definizione del nuovo ruolo di tutto il diritto del lavoro, il quale, pur mantenendo le tradizionali prerogative, ora è sempre più riconosciuto come materia di notevole rilevanza macroeconomica.

Si è deciso di dividere l'analisi dell'istituto del licenziamento disciplinare in tre capitoli, di cui il primo dedicato a un'evoluzione storica dell'istituto, il secondo relativo ai suoi elementi costitutivi e ai suoi aspetti procedimentali e, infine, un capitolo incentrato sulle conseguenze della declaratoria di illegittimità del licenziamento.

Fatte queste premesse di carattere sistematico, si ritiene opportuno anticipare già in questa sede alcune considerazioni relative all'argomento oggetto di questo elaborato, in particolare circa il concetto di *flexsecurity*, il quale può certamente essere considerato come il principio ispiratore delle più recenti riforme del lavoro³.

In primo luogo, si tratta di un nuovo modello di protezione sociale caratterizzato da rapporti di lavoro con una forte flessibilità in uscita e che, anche a livello europeo, sembra destinato a sostituire il precedente modello di *job property*, il quale invece si fonda sulla tutela del posto di lavoro.

Attenta dottrina⁴ ha immaginato la *flexsecurity* come la stella polare di un triplice intervento da parte del Legislatore.

Anzitutto, si prevede un'ampia flessibilità del rapporto di lavoro sia in entrata sia in uscita e proprio su questo aspetto,

² V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *Centre for the study of European Labour law "Massimo D'Antona"*, 2015.

³ G. Proia, in R. Pessi, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015.

⁴ M. Lai, *Brevi note sul contratto indeterminato a tutele crescenti*, in www.bollettinoadapt.it, 2015.

come si vedrà, si sono concentrate sia la riforma c.d. Monti-Fornero sia il Legislatore delegato del 2015.

In secondo luogo, è necessaria la previsione di una c.d. sicurezza del reddito in caso di disoccupazione, vale a dire un concreto sostegno economico in favore del lavoratore disoccupato.

Infine, a beneficio del lavoratore che si trovi in stato di disoccupazione sono altresì necessari un efficace sistema di reimpiego e un effettivo supporto per la ricerca di una nuova occupazione.

Non è un caso, pertanto, che il decreto legislativo oggetto di indagine di questo elaborato è entrato in vigore in contemporanea con il riordino delle leggi in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria, nonché con il contratto di ricollocazione dei lavoratori disoccupati.

In estrema sintesi, per bilanciare la flessibilità in uscita del rapporto di lavoro, è necessaria una «efficace rete di sicurezza nel mercato del lavoro attraverso la predisposizione di efficienti sistemi integrati di sostegno del reddito, di servizi per l'impiego e di politiche attive del lavoro»⁵, con tutto quello che ne deriva anche in termini di oneri finanziari per il bilancio dello Stato.

In altre parole, la *flexsecurity* è quel modello di protezione sociale in cui coesistono contemporaneamente «minori garanzie nel rapporto di lavoro e più estese tutele del prestatore sul mercato»⁶, coerentemente con l'ormai celebre motto «proteggere il lavoratore, non il posto di lavoro»⁷.

⁵ G. Proia, *op. cit.*

⁶ A. Perulli in L. Fiorillo e A. Perulli, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁷ A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Parigi, 1999. Citato in A. Perulli, *op. cit.*

Pertanto, sarà opportuno tenere a mente la nozione di *flexsecurity* durante l'analisi delle nuove disposizioni poiché, appunto, si tratta di quel concetto fondamentale a cui tende tutto il c.d. Jobs Act.

Nondimeno, l'approccio interdisciplinare di cui si è scritto ci permetterà di apprezzare alcune teorie di politica del diritto del lavoro attraverso le quali si declina il concetto stesso di *flexsecurity*, il quale, in quanto di origine comunitaria, per la prima volta compie il suo ingresso nel diritto del lavoro italiano.

CAPITOLO I

EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ESTINZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

SOMMARIO: **1.** Artt. 2118-2119 c.c. – *libertà di recesso*; **2.** Legge n. 604/1966 – *obbligo di motivazione del recesso*; **3.** Legge n. 300/1970 – *stabilità del rapporto di lavoro*; **4.** Legge n. 92/2012 – *flessibilizzazione della disciplina del licenziamento illegittimo: reintegrazione e risarcimento*; **5.** D. lgs. n. 23/2015 – *riduzione dell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria*; **6.** Ambito soggettivo di applicazione della riforma del 2015; **7.** Jobs Act e pubblico impiego.

1. Artt. 2118-2119 c.c. – *libertà di recesso.*

Il *recesso unilaterale dal contratto di lavoro* rappresenta «la forma comune di estinzione»⁸ del rapporto ed è «espressione di un diritto potestativo riconosciuto dall'ordinamento in deroga al principio generale secondo cui il contratto può essere risolto solo per mutuo consenso»⁹.

In questo modo il rapporto di lavoro subordinato, inteso come rapporto di durata¹⁰, si estingue *ex nunc* e, pertanto, sono fatte salve le prestazioni già eseguite.

Va precisato che il recesso è uno strumento riconosciuto in capo a entrambe le parti del rapporto, laddove il termine "licenziamento" si riferisce al recesso da parte del datore di lavoro, mentre il termine "dimissioni" al recesso da parte del lavoratore.

Se in un primo momento i due istituti erano sottoposti alla medesima disciplina, le riforme successive all'approvazione del Codice del 1942 hanno dato luogo a due distinte normative, dal momento che l'istituto delle dimissioni non è stato coinvolto dal graduale processo legislativo che ha riguardato, invece, il recesso datoriale.

In entrambi i casi, tuttavia, il recesso si presenta come un *negozio unilaterale recettizio* che acquista efficacia, vale a dire estingue il rapporto, nel momento in cui i destinatari ne vengono a conoscenza, non essendo necessari né il consenso né l'accettazione della controparte.

⁸ G. Santoro Passarelli, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in *Centre for the study of European Labour law "Massimo D'Antona"*, 2016.

⁹ R. Pessi, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹⁰ Un *contratto di durata*, quale è il rapporto di lavoro subordinato, si caratterizza per la continuità della prestazione. Di conseguenza, il lavoratore può dirsi adempiente solamente se, in ogni momento della durata del rapporto, la sua prestazione soddisfa l'interesse del datore di lavoro. In altre parole, non è il risultato bensì la prestazione in sé considerata a essere dedotta in contratto. Al contrario, il contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c. si definisce un *contratto a esecuzione istantanea o prolungata*, poiché il lavoratore è adempiente solamente se l'interesse del committente è soddisfatto al momento della consegna dell'opera o del servizio (c.d. *opus perfectum*).

Il nucleo originario della disciplina del recesso unilaterale dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato è da ricercarsi negli *artt. 2118 e 2119 c.c.*

Secondo il codice civile del 1942 (*art. 2118 - recesso dal contratto a tempo indeterminato*) il recesso è *libero nel fine*, cioè non deve essere motivato (c.d. *licenziamento ad nutum*), e l'unico obbligo previsto in capo al recedente dal rapporto di lavoro (sia esso il datore o il lavoratore) è *l'obbligo del preavviso*, con conseguente differimento della cessazione del rapporto al termine del preavviso stesso.

Autorevole dottrina ¹¹ ritiene che la *ratio* della norma fosse coerente con la regola generale per cui «nei contratti di durata il recesso libero e volontario con preavviso assolve la funzione tipica di delimitare nel tempo, attraverso la fissazione *ex post* di un termine (c.d. *disdetta*), l'efficacia del contratto, ritenendosi meritevole di tutela l'interesse alla risoluzione unilaterale (anche contro la volontà dell'altro) e, conseguentemente, irrilevanti i motivi che la determinano» ¹².

La previsione di un preavviso ha la funzione di consentire al lavoratore licenziato di avere un periodo di tempo retribuito durante il quale egli può cominciare a cercarsi una nuova occupazione. Anche per questa ragione, la giurisprudenza di legittimità ritiene che la malattia sopravvenuta nel periodo di preavviso ne sospenda il decorso, facendo leva sulla regola generale di cui all'art. 2110 c. 2 c.c. ¹³ (Cass. n. 10272/2003; n. 7369/2005).

¹¹ R. Pessi, *op. ult. cit.*

¹² Fa eccezione il caso di un licenziamento intimato per motivo illecito, unico e determinante, per cui il diritto comune (artt. 1324 e 1345 c.c.) prevede la sanzione della nullità.

¹³ Trattasi del c.d. *periodo di comporta*, ossia quel periodo di tempo stabilito dalla legge durante il quale si verifica una impossibilità della prestazione lavorativa a causa di impedimenti del lavoratore. Solamente dopo il decorso di tale periodo il datore di lavoro potrà validamente recedere dal contratto.

La durata del preavviso non viene predeterminata dal Codice, il quale rinvia alla contrattazione collettiva o, in mancanza, agli usi e all'equità.

La mancata osservanza del suddetto obbligo comporta il pagamento di una *indennità sostitutiva di mancato preavviso*, di importo equivalente alla retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso ¹⁴.

L'ammontare di tale indennità è determinato secondo i criteri dettati dall'*art. 2121 c.c. (computo dell'indennità di mancato preavviso)*.

In caso di morte del prestatore di lavoro, l'*art. 2122 c.c. (indennità in caso di morte)*, prevede che l'indennità debba essere corrisposta "al coniuge, ai figli e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado". È evidente, perciò, la natura sostanzialmente previdenziale della norma, dal momento che i beneficiari dell'indennità non sono gli eredi bensì i superstiti e il diritto non sorge *iure successione* bensì *iure proprio*.

La dottrina ¹⁵ è divisa circa l'efficacia giuridica del preavviso, tra chi sostiene che questo abbia un'efficacia obbligatoria e chi, invece, ritiene che il preavviso abbia esclusivamente un'efficacia reale (c.d. realtà del preavviso ¹⁶).

Secondo i sostenitori della prima teoria, il datore di lavoro avrebbe la possibilità di scegliere tra il proseguimento del rapporto fino allo scadere del termine previsto oppure il pagamento di una indennità sostitutiva del preavviso che

¹⁴ "La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro" (art. 2118 c. 3 c.c.).

¹⁵ S. Liebman, *Il recesso dal rapporto di lavoro*, in M. Persiani, *Fondamenti di diritto del lavoro*, Cedam, Vicenza, 2015.

¹⁶ R. Pessi, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016.

comporterebbe *ipso iure* un effetto immediatamente estintivo del rapporto di lavoro.

Altri autori, al contrario, sostengono che il preavviso abbia sempre l'effetto di sospendere l'efficacia del recesso e di comportare la prosecuzione formale del rapporto fino alla scadenza del preavviso stesso, anche in assenza di prestazione. Secondo questa teoria, pertanto, il datore non avrebbe la possibilità di sostituire il preavviso lavorativo con una indennità equivalente all'importo della retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito durante il periodo di preavviso, con conseguente persistenza attiva del rapporto di lavoro.

La differenza tra le due teorie è rilevante, dal momento che solamente la seconda ammette che il rapporto possa essere coinvolto da eventuali vicende successive al recesso ¹⁷.

Delle due teorie quella prevalente è la tesi della c.d. efficacia obbligatoria del preavviso, accolta dalla giurisprudenza maggioritaria (Cass. n. 11094/2007, n. 11740/2007, n. 15495/2008, n. 13959/2009, n. 22443/2010, n. 36/2011, n. 11086/2012).

L'impianto definito dall'art. 2118 c.c. appare coerente con il ruolo del datore di lavoro così come delineato dall'*art. 2086 c.c. (direzione e gerarchia nell'impresa)*, vale a dire "il capo dell'impresa" da cui "dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori", dove il tenore lessicale della norma risente ancora dell'esperienza corporativa nella quale l'interesse dell'impresa era considerato un interesse superiore rispetto a quello delle parti stesse ¹⁸.

¹⁷ Si pensi, ad esempio, all'entrata in vigore di miglioramenti retributivi definiti a livello collettivo.

¹⁸ Pur essendo definito dal codice come un "collaboratore", il lavoratore subordinato ex art. 2094 c.c. non è esposto al c.d. rischio della prestazione lavorativa. Di conseguenza, il datore di lavoro è tenuto a rispettare la sua obbligazione retributiva verso il prestatore a prescindere dal risultato della prestazione,

Difatti l'art. 2094 (*prestatore di lavoro subordinato*) impone che la prestazione lavorativa sia resa dal lavoratore "alle dipendenze ¹⁹ e sotto la direzione ²⁰" del datore, a cui pertanto è riconosciuto un potere direttivo, vale a dire il potere di determinare unilateralmente le concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, nonché di modificarle in corso di rapporto (c.d. *etero-direzione*) ²¹.

Il potere direttivo costituisce anche un elemento decisivo per la misurazione del corretto adempimento da parte del prestatore di lavoro subordinato, atteso che egli è tenuto a conformare la propria prestazione a quanto indicato nel contratto.

Tutte queste norme, essendo state adottate nel 1942, devono essere lette attraverso i principi successivamente introdotti dal Legislatore costituente, i quali integrano e perfezionano la disciplina codicistica.

Ad esempio, il concetto di "retribuzione" di cui all'art. 2094 c.c., che rappresenta la principale obbligazione in capo al datore di lavoro nonché il corrispettivo in ragione del quale il lavoratore presta il proprio lavoro intellettuale e manuale, risente fortemente dell'influsso costituzionale giacché su di esso incide il *principio di equa retribuzione* di cui all'art. 36 Cost., declinato sia come

purché questa sia stata svolta con la dovuta diligenza da parte del lavoratore. Al contrario, il lavoratore autonomo ex art. 2222 c.c. non è esonerato da tale rischio, di modo che egli ha diritto alla retribuzione non già per il lavoro svolto, bensì solamente se questo ha soddisfatto il committente (c.d. *opus perfectum*).

¹⁹ Ciò vuol dire che la prestazione deve soddisfare l'interesse del datore di lavoro (c.d. *subordinazione funzionale*). La subordinazione socio-economica, invece, non è un elemento identificativo della subordinazione.

²⁰ L'espressione si riferisce proprio al potere direttivo del datore di lavoro (c.d. *subordinazione tecnica*).

²¹ Un potere analogo è previsto nei rapporti di collaborazione organizzati dal committente (c.d. *etero-organizzazione*), introdotti dal d. lgs. n. 81/2015. Sotto questo aspetto, invece, il lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. si distingue dal contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c., dove è lo stesso lavoratore autonomo a organizzare la propria attività lavorativa, ossia egli determina autonomamente le modalità di esecuzione della prestazione. Si distingue altresì dalle collaborazioni continuative e coordinate di cui all'art. 409 c.p.c., dove le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate dalle parti e pattuite nel contratto.