

INTRODUZIONE

Il presente elaborato, quale dissertazione conclusiva del ciclo di studi magistrale in Giurisprudenza, ha lo scopo di approfondire l'istituto del licenziamento illegittimo sotto il profilo oggetto del recente intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 194/2018, che, al termine di una decisione molto articolata ed approfondita, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del D.L.vo n. 23/2015, sia nel testo originario che in quello modificato dal D.L. n. 87/2018 (Decreto Dignità) convertito, con modificazioni, nella legge n. 96, limitatamente alle parole "**di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio**".

La pronuncia della Corte Costituzionale ha toccato la materia sensibile delle sanzioni del licenziamento *contra jus* - nel caso scrutinato dalla corte per mancanza di giustificato motivo oggettivo - confrontandosi oltre che con le fonti interne anche con la normativa interposta di natura internazionale e comunitaria.

La presente ricerca verrà condotta nella prospettiva di delineare l'incidenza in concreto della sentenza della Corte Cost. sul quadro normativo attuale e di prefigurare possibili scenari futuri in ordine ad una valorizzazione sempre maggiore della normativa internazionale e comunitaria in materia di tutela del lavoratore.

Il capitolo introduttivo avrà come oggetto l'inquadramento dell'istituto del licenziamento e la definizione del suo ruolo all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso una ricostruzione storica

delle fasi salienti della sua evoluzione ed un'attenta e precisa ricognizione dell'assetto normativo esistente al momento della pronuncia della Corte Costituzionale n. 194/2018.

Il secondo capitolo sarà invece interamente incentrato sull'analitica illustrazione del percorso motivazionale posto dalla Corte Costituzionale a fondamento della sentenza e sull'impatto che la stessa ha avuto sull'intero sistema normativo del "JOBS ACT".

Nel terzo capitolo, si procederà ad un'ampia analisi del dibattito dottrinario in atto esistente sui principali profili problematici affrontati nella sentenza ed anche su quelli che la Corte ha mancato di affrontare.

Il quarto capitolo si propone di analizzare attentamente i primi effetti diretti e le conseguenti ricadute pratiche nella giurisprudenza di merito, a seguito della pronuncia della Corte cost. Pertanto, l'attenzione s'incentrerà sull'esame dei criteri di esercizio del potere discrezionale del giudice nella quantificazione dell'indennità risarcitoria in relazione a vari casi di licenziamento illegittimo.

Infine, nelle conclusioni, si procederà a riassumere le principali questioni e le relative soluzioni individuate e/o prospettate, seppur in diversi punti, nel corso dell'intero elaborato al fine di fornire un quadro d'insieme. A ciò seguirà una riflessione, anche personale, in ordine alle prospettive future nell'ottica di un'auspicata valorizzazione della specifica normativa sovranazionale incidente in concreto sulla normativa interna con conseguente prefigurazione di possibili scenari futuri in materia di tutela del lavoratore nella prospettiva comunitaria.

CAPITOLO 1

INQUADRAMENTO STORICO-SISTEMATICO DELL'ISTITUTO DEL LICENZIAMENTO.

SOMMARIO. **1.** Inquadramento sistematico dell'istituto del licenziamento. ---- **2.** Tipologie di licenziamento individuale---**2.1** Licenziamento per giusta causa. ---- **2.2** Licenziamento per giustificato motivo soggettivo. ---- **2.3** Licenziamento per giustificato motivo oggettivo. ---- **2.4** Licenziamento *ad nutum*.---- **2.5** Licenziamento di natura disciplinare. ---- **2.6** Licenziamento di natura non disciplinare. ---- **3.** Legge n. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero). ---- **4.** D.lgs. n. 23/2015 (c.d. contratto a tutele crescenti) ---- **5.** I regimi di tutela applicabili in caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015 (art. 18 L. n. 300/1970). ---- **5.1** Le tutele applicabili (a tutti i lavoratori) in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e inefficace (art.18 L. 300/70' co.1,2,3). ---- **5.2** Le tutele applicabili ai lavoratori delle imprese di maggiori dimensioni in caso di licenziamento illegittimo. ---- **5.3** Le tutele applicabili ai lavoratori delle imprese di minori dimensioni in caso di licenziamento illegittimo (art. 8 L. 604/1966). ---- **6.** I regimi di tutela applicabili in caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015 (d.lgs. n. 23/2015). ---- **6.1** Le tutele applicabili (a tutti i lavoratori) in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e inefficace (art.2 D.lgs. n. 23/2015). ---- **6.2** Le tutele applicabili ai lavoratori delle imprese di maggiori dimensioni in caso di licenziamento

illegittimo (art.3 c.1 D.lgs. n. 23/ 2015)-- **6.3** Le tutele applicabili ai lavoratori delle imprese di minori dimensioni in caso di licenziamento illegittimo (art.9 D.lgs. n.23/2015). ---- **6.4** L'offerta di conciliazione (art.6 D.lgs n.23/2015).

1. INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELL'ISTITUTO DEL LICENZIAMENTO

Come già evidenziato nella premessa, la pronuncia della Corte Cost. n. 194/ 2018 costituisce l'oggetto principale della presente tesi. Tuttavia, in questo capitolo introduttivo, per ragioni di completezza in chiave storico-sistemica, ritengo opportuno procedere all'inquadramento dell'istituto del licenziamento nell'ambito del nostro ordinamento giuridico attuale e ad una precisa ricostruzione storica dell'iter normativo di tale istituto fino alla pronuncia in esame.

Innanzitutto va rilevato che il licenziamento costituisce una delle varie cause di cessazione del rapporto di lavoro. Accanto al licenziamento ne esistono, infatti, altre, quali:

- le dimissioni (recesso volontario dal rapporto di lavoro ad opera del lavoratore);
- la risoluzione consensuale (incontro tra le due volontà volto a garantire una risoluzione pacifica del rapporto);
- la scadenza del termine (nei contratti di lavoro a tempo determinato);
- la morte del lavoratore (conseguenza che invece non è automatica nel caso di morte del datore di lavoro, in quanto il rapporto

fiduciario può in questo caso continuare con colui che subentrerà nella sua posizione);

- e poi tutta un'altra serie di circostanze previste dalla legge che causano, nel caso specifico, la cessazione del rapporto, tra cui s'inserisce appunto il licenziamento che può definirsi come il recesso dal rapporto di lavoro effettuato dal datore di lavoro.

Il licenziamento operato da un datore di lavoro nei confronti di un singolo lavoratore incorre in particolari conseguenze qualora il provvedimento manchi di una giusta causa o di un giustificato motivo (oggettivo o soggettivo). In tali casi si parla di illegittimità del licenziamento ed il lavoratore gode delle tutele previste dalla legge.

Dall'angolo visuale del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'atto di licenziamento ingiustificato costituisce un atto di recesso datoriale *contra legem*, che tuttavia - secondo la previsione dell'art. 3 c. 1 d.lgs. 23/2015 - è comunque idoneo a interrompere il rapporto, pregiudicando così l'interesse del lavoratore all'adempimento della controparte. Osservato da questo angolo visuale, il licenziamento ingiustificato cagiona danni, sicuramente patrimoniali (le retribuzioni non percepite, il danno alla professionalità) ed eventualmente anche non patrimoniali. La corresponsione economica considerata in questa prospettiva rivestirebbe, dunque, una funzione prioritariamente risarcitoria. Dall'angolo visuale della relazione potere-soggezione, l'atto di licenziamento ingiustificato costituisce, invece, un atto unilaterale di esercizio di un potere giuridico di supremazia in violazione di limiti, posti dalla legge per due ragioni: in primo luogo per circoscriverne l'utilizzo - in diritto - da parte del datore di lavoro in vista di specifiche e predefinite finalità, giudicate conformi

all'ordinamento (appunto: giusta causa, giustificato motivo soggettivo e oggettivo) e così proteggere l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione; in secondo luogo per scongiurare che – di fatto: per il timore di perdere l'occupazione - un illimitato potere di licenziamento ponga a rischio l'esercizio da parte del lavoratore di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti che si radicano nel rapporto di lavoro (diritto di libertà religiosa, sindacale, politica ecc.). Da questo punto di vista, il licenziamento ingiustificato è atto di esercizio di un potere giuridico *contra legem*. La tutela economica ad esso connessa potrebbe svolgere dunque, in questa prospettiva, una funzione più prettamente deterrente -sanzionatoria se non squisitamente sanzionatoria. Nel nostro ordinamento la disciplina generale del licenziamento ha una struttura composita. La normativa di riferimento principale è contenuta nella Legge n. 604/1966 e nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (L. n. 300/1970), che tutelano i lavoratori il cui licenziamento sia considerato illegittimo, ai quali si sono aggiunte negli ultimi anni, due importanti novità, che hanno modificato l'impianto normativo originario: la Legge n. 92/2012 ed il D.lgs. n. 23/2015. Quest'ultimo ha mutato la disciplina giuridica per i lavoratori assunti dopo la data del 7 marzo 2015, introducendo un meccanismo di tutele nuovo e parallelo al precedente.

2. TIPOLOGIE DI LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Nell'attuale legislazione normativa italiana, la legittimità del licenziamento è legata all'accertamento della sussistenza di uno dei tre elementi giuridici: la giusta causa, il giustificato motivo soggettivo e, infine, il giustificato motivo oggettivo. A tali ipotesi è possibile poi

ulteriormente considerare i casi di licenziamento *ad nutum*, ossia quelle ipotesi eccezionali in cui il recesso è ammissibile senza obbligo di motivazione.

2.1 Licenziamento per giusta causa

Il licenziamento per giusta causa trova il suo fondamento giuridico nell'articolo 2119 del Codice Civile che consente a ciascuna delle parti di recedere dal contratto di lavoro “*qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*”.

Questa causa consiste in un comportamento del lavoratore rilevante a tal punto da comportare il venir meno della fiducia del datore di lavoro circa il futuro corretto adempimento della prestazione.⁽¹⁾ La violazione di questo affidamento sarebbe da ravvisare alternativamente:

- a) in un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali;

- b) in altre circostanze esterne al rapporto di lavoro che ledano il vincolo di fiducia tra le parti.⁽²⁾

¹ Cass., 17 settembre 2014, n.19612; Cass., 29 dicembre 2014, n. 27424.

² Cass., 12 ottobre 2017, n. 24014 e Cass., 31 luglio 2017, n. 19022. Afferma a questo riguardo C. CARCHIO, *Violazione dei doveri di correttezza e buona fede e licenziamento per insubordinazione*, in ADL, 2017, p. 162: “[...] l’inosservanza dei doveri secondari discendenti dalla clausola generale fa sorgere in caso al lavoratore conseguenze coincidenti con quelle determinate dall’inadempimento del dovere primario di prestazione.” Ciò considerato, la violazione degli obblighi (quali, ad esempio, quelli di buona fede e correttezza nell’adempimento della prestazione, considerati come “discendenti” dalla prestazione principale ossia l’esecuzione obblighi contrattuali) comporterebbe le stesse conseguenze dell’inadempimento della prestazione contrattualmente prevista.

La dottrina si è tradizionalmente divisa circa il tipo di condotte da ritenersi rilevanti ai fini del giudizio in merito alla sussistenza di una giusta causa di licenziamento tra la teoria “oggettiva”, a cui aderisce anche la giurisprudenza prevalente e per la quale sono rilevanti anche le condotte extra-lavorative purché atte a menomare la fiducia del datore di lavoro; ed una teoria “soggettiva”, secondo la quale fattori esterni al rapporto di lavoro non possono risultare in un inadempimento delle obbligazioni lavorative in quanto non rilevanti.⁽³⁾

Secondo la dottrina che aderisce alla teoria c.d. soggettiva,⁽⁴⁾ la mancanza del lavoratore dovrebbe essere identificata solo in un vistoso inadempimento degli obblighi contrattuali dovuta a dolo o colpa del lavoratore, a nulla rilevando fatti esterni al rapporto, soprattutto se riguardanti la vita privata del dipendente.⁽⁵⁾ Infatti, il riferimento all'elemento fiduciario non dovrebbe essere effettuato poiché non si tratta di un presupposto essenziale del rapporto di lavoro, non essendo espressamente previsto all'interno della legge. Peraltro, è necessario specificare quale grado di inadempimento venga richiesto per integrare

³ Tra gli altri questa divisione è stata riportata da M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, CEDAM, 2015, p. 170 ss; e da G. GAUDIO, *Condotte extra-lavorative e licenziamento per giusta causa*, in ADL, 2017, p. 1311-1312.

⁴ F. OLIVELLI, *L'inadempimento e la fiducia nella giusta causa di licenziamento*, in ADL, 2018, p. 154, afferma: “[...] risulta ormai chiaro che la mancanza di fiducia non può, di per sé, essere considerata come una legittima ragione estintiva del licenziamento per giusta causa.”

In senso contrario G. GAUDIO, *Condotte extra-lavorative e licenziamento per giusta causa*, cit., p.1322, afferma: “[...] è fuorviante continuare ad utilizzare la terminologia di condotte «extra-lavorative» del dipendente. Tale espressione, infatti, sembra far riferimento a fatti che nulla hanno a che vedere con le obbligazioni proprie del contratto di lavoro, mentre, [...] essi debbono essere ricondotti nell'alveo dell'area della prestazione esigibile dal prestatore di lavoro rilevando, ai fini dell'integrazione di una giusta causa di licenziamento, solo nella misura in cui presentino i caratteri dell'inadempimento.”

⁵ S. TOZZOLI, *Licenziamento per giusta causa: violazione di obblighi contrattuali, giudizio di proporzionalità, gravità dell'inadempimento*, in RIDL, 2000, II, p. 365 ss.

una giusta causa di licenziamento. Posto che il giustificato motivo soggettivo di licenziamento, definito dall'articolo 3 della legge 604/1966, stabilisce che esso è determinato da "un notevole inadempimento", ne consegue che l'inadempimento che giustifica un licenziamento per giusta causa debba essere "più che notevole".⁽⁶⁾ Inoltre, occorrerebbe verificare se esso debba essere attuale e concreto o se, invece, sia sufficiente un'attitudine lesiva meramente potenziale. In proposito, la Corte di Cassazione specificò che, per la valutazione della gravità dell'inadempimento, rileva anche il solo pregiudizio potenziale, perché "da nessun dato testuale è dato di evincere che il pregiudizio deve essere necessariamente attuale, ma è sufficiente che esso sia anche solo potenziale, purché concreto e non meramente ipotetico".⁽⁷⁾ Per valutare dunque la gravità della condotta non è necessario fare riferimento a un danno concreto, ma è sufficiente che la condotta del lavoratore, in relazione alle mansioni assegnate, sia potenzialmente lesiva.

Per quanto riguarda invece le c.d. condotte extralavorative che possono costituire una giusta causa di licenziamento, è opportuno guardare ai criteri rinvenibili agli articoli 2104 e 2105 del Codice Civile, i quali hanno riguardo alla violazione degli obblighi di diligente adempimento

⁶ In questo senso G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli Editore, 2013, p.138

⁷ Cass. Sez. Lav. 4 agosto 2015, n. 16336, punto 23. In questa causa si discuteva del licenziamento di un infermiere che aveva quasi praticato un prelievo di sangue su una paziente per la quale non era stato previsto, essendo fermato solo dalla prontezza della stessa. Aveva inoltre inviato presso un altro pronto soccorso una paziente con una scheda sanitaria e copia della carta d'identità di un'altra paziente, causando numerosi ritardi nelle prenotazioni. La Cassazione conclude così, dopo un esame del Contratto Collettivo Nazionale riguardante il personale medico e infermieristico, in senso favorevole al licenziamento determinato da giusta causa, proprio per via del gravissimo inadempimento delle sue obbligazioni, perpetrato dal dipendente ai danni della struttura sanitaria.

e di fedeltà all'impresa.⁽⁸⁾ Successivamente, è stata poi la giurisprudenza a delineare i profili della giusta causa di licenziamento. Tra i criteri più frequentemente adottati, vi sono: la natura e il tipo di rapporto; le posizioni e affidamento reciproco delle parti; l'intensità del dolo o il grado della colpa del lavoratore¹²¹; le circostanze in cui è avvenuta la violazione; il comportamento concreto e il contesto⁽⁹⁾ in cui è avvenuto e, infine, la serietà delle conseguenze della violazione sull'ambiente di lavoro. Controversi sono invece altri criteri di valutazione del comportamento del soggetto, quali: l'assenza di precedenti mancanze disciplinari; il comportamento tollerante verso certi comportamenti precedentemente tenuto dal datore di lavoro; la sussistenza di giudizi avverso il lavoratore in sede penale e l'incapacità sopravvenuta del soggetto.

2.2 Licenziamento per giustificato motivo soggettivo

La definizione di "giustificato motivo soggettivo" di licenziamento è rinvenibile nella prima parte dell'articolo 3 della Legge n. 604/1966, il quale dispone che: *“Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro [...]”*. Si ha dunque giustificato motivo soggettivo di licenziamento qualora il lavoratore si dimostri inadempiente; il suo inadempimento sia “notevole” (quindi di non scarsa rilevanza, altrimenti sarebbe idonea a sanzionare il

⁸ Favorevoli all'inserimento in questi parametri del riferimento ai principi di correttezza e buona fede sono F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 223.

⁹ Cass., 2 settembre 2015, n. 17435. Nel caso di specie il comportamento “ingiurioso e minaccioso durante il servizio” tenuto dal dipendente di un'azienda farmaceutica ne aveva giustificato il licenziamento per giusta causa in ragione del clima di tensione da lui stesso provocato.

comportamento una diversa e più lieve sanzione disciplinare); e la violazione attenga agli obblighi contrattuali, altrimenti si verserebbe in una diversa ipotesi di licenziamento. Per coloro⁽¹⁰⁾ che sostengono la tesi secondo cui la giusta causa può integrare sia una violazione degli obblighi contrattuali che degli obblighi extracontrattuali (c.d. teoria oggettiva), il giustificato motivo soggettivo si differenzia dalla giusta causa perché comprende sia ipotesi di giustificato motivo “aggravato”, sia fatti o comportamenti estranei ad un inadempimento “attuale”. Per coloro che invece sostengono la tesi della mera rilevanza della violazioni di obblighi contrattuali al fine di integrare una giusta causa di licenziamento (c.d. teoria soggettiva), il giustificato motivo soggettivo si differenzia da questa solo per la minor gravità dell’inadempimento capace appunto di consentire la prosecuzione del rapporto. Nell’ambito del giustificato motivo soggettivo di licenziamento vengono fatte rientrare alcune fattispecie peculiari:

- a) L’ipotesi di “scarso rendimento”, definito dalla Corte di Cassazione come quell’inadempimento che si realizza qualora vi sia “un’enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, tenuto conto della media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione.”⁽¹¹⁾ Il lavoratore, d’altro canto, deve invece

¹⁰ Tra i tanti, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l’ambito della tutela risarcitoria*, in ADL, 2013, p. 231.

¹¹ Cass., 4 novembre 2014, n. 18678, con tale definizione la giurisprudenza, rileva F. PISANI, *Licenziamento per scarso rendimento mascherato da licenziamento disciplinare*, in ADL, 2017, p. 714, “[...] sembra quindi aderire all’orientamento secondo cui lo scarso rendimento, ovvero il difetto di intensità qualitativa o quantitativa della prestazione, non possa per definizione essere