

NUMERO 4 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FEDERICO ROSELLI

Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	664
ANTONINO CATAUDELLA	
<i>Il giudice e le nullità</i>	667
ENRICO SCODITTI	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i>	685
FILIPPO PATRONI GRIFFI	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i>	723
FEDERICO ROSELLI	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i>	743
PAOLO SORDI	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i>	763
FABRIZIO GUERRERA	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i>	775
STEFANIA PACCHI	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i>	789
BRUNO INZITARI	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i>	817
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i>	833
UGO SALANITRO	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i>	853
MASSIMO BASILE	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i>	875
ANTONIO SCARPA	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i>	913

Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?

Le nuove leggi sul licenziamento dei lavoratori subordinati (dette “*Jobs acts*”), e sui rimedi contro i licenziamenti illegittimi, per il loro contenuto fortemente innovativo ed incidente su diritti costituzionalmente protetti, sembrano dar luogo ad un mutamento dell’“ordinamento costituzionale” del settore, considerata la distinzione, proposta dalla più recente dottrina, fra Carta e ordinamento costituzionale.

The new laws on dismissal of employees (known collectively as the “Jobs Act”), and the remedies against unfair dismissal, for their highly innovative content and incision on constitutionally protected rights, and considering the distinction, proposed by the latest doctrine, between the Charter and the “constitutional order”, appear to result in a change of the latter in the industry.

Sommario: 1. La questione. – 2. Nozione di ordinamento costituzionale. Sue trasformazioni. – 3. Revisione del sistema delle fonti del diritto oggettivo. – 4. La legislazione ordinaria può portare a modifiche dell'ordinamento costituzionale. – 5. La più recente legislazione sul lavoro subordinato. – 6. L'atteggiamento della dottrina. – 7. Le singole questioni interpretative.

1. - La questione.

Commentando in un giornale quotidiano le recenti e travagliate vicende dell'economia e della finanza europee, Gustavo Zagrebelsky ¹ parla di sconvolgimento delle «categorie del diritto pubblico formatesi intorno all'idea dello Stato» ed evoca il voto del Parlamento greco in favore delle misure di cosiddetta austerità: voto costretto da una forza superiore alla volontà degli elettori ed incidente sulle misure di alleggerimento del malessere sociale, sulla contrattazione collettiva, sulle procedure di garanzia del singolo lavoratore in caso di licenziamento di gruppo, sulle pensioni e «perfino sul codice di procedura civile (per rendere più efficace la liquidazione dei beni dei debitori insolventi)». La forza superiore alla volontà degli elettori – prosegue l'Autore – è «un sovrano con tante teste»: Banca centrale europea, Fondo monetario internazionale, organi vari dell'Europa (Eurogruppo, Eurosummit, Consiglio europeo, singoli capi degli esecutivi dei Paesi economicamente più pesanti). La finanza, in definitiva, «si fa beffe di formalità e competenze codificate», come dire delle categorie giuridiche fondamentali che si sono consolidate in Europa dopo la seconda guerra mondiale.

In un anch'esso recente articolo divulgativo uno storico francese, parlando della crisi finanziaria della monarchia, mai sanata e causa principale della Rivoluzione, osserva come già nel secolo diciassettesimo «les financiers continuaient de faire la loi» ².

È chiaro come il significato di questi discorsi trascenda così le vicende politiche della Grecia come le ricostruzioni di un passato apparentemente lontano.

Per venire ad esperienze che, inserendosi in quelle europee, riguardano il

¹ G. ZAGREBELSKY, *La tragedia greca e la sovranità spodestata*, in *laRepubblica*, 26 luglio 2015.

² J.C. PETTFILS, *Louis XIV et Fouquet. Le lion et l'ecurueil*, in A. BREZET-J.C. BUISSON (diretto da), *Les grands duels qui ont fait la France*, Parigi, 2014.

nostro Paese e sono limitate ad un campo più specifico, vorrei esporre nelle pagine che seguono qualche considerazione sulle più recenti leggi in materia di tutela giudiziale contro i licenziamenti illegittimi di lavoratori subordinati – anch'esse dichiaratamente determinate dalle contingenze economiche e da alcune tendenze eurocomunitarie verso visioni soltanto mercantilistiche del rapporto di lavoro³ – per prospettare la questione se esse esprimano un mutamento dei valori ordinamentali di base, o altrimenti detto del quadro costituzionale effettivo, quanto al settore lavoristico.

Quando in uno degli istituti centrali di una materia, quale il licenziamento nella materia lavoristica, viene capovolto un rapporto regola-eccezione (se ne parlerà poco oltre), è inevitabile la domanda se debbano ritenersi mutati i valori sui quali si fonda la legislazione.

La risposta, positiva o negativa, alla domanda si rifletterà necessariamente sull'interpretazione-applicazione di quelle leggi.

2. - Nozione di ordinamento costituzionale. Sue trasformazioni.

La dottrina più recente distingue, con riferimento all'esperienza italiana, fra "Carta costituzionale" e "ordinamento costituzionale", del quale la prima è soltanto una parte, principale o "irradiante", che vive insieme ad una "base materiale" in continua evoluzione: caratteri e sviluppo del testo fondamentale vanno letti nel contesto del più ampio ordinamento costituzionale; quel testo costituisce il nucleo essenziale, destinato a condizio-

³ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Parigi, 2015, XI. G. PROIA, *Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, Torino, 2015, 59, parla di «sollecitazioni provenienti dall'Unione europea»; L. CAVALLARO, *Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 144, ricorda «la vicenda ormai famosa della lettera che il presidente uscente e quello subentrante della Banca centrale europea indirizzarono al Governo italiano il 5 agosto 2011, in cui si subordinava il sostegno dei nostri titoli all'adozione di varie misure, tra cui, in particolare (...) una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti». La sostituzione delle assemblee elettive con una «miscela strana di tecnocrazia (la Commissione UE), politica (il Consiglio) rappresentanza (il Parlamento) e giurisdizione (la Corte di Lussemburgo)» dà luogo ad un «modello nuovo, alternativo alle democrazie tradizionali, nel quale non è ormai la Costituzione ad essere octroyée, bensì la legge ordinaria» (C. CASTRONOVO, *Diritto civile europeo*, in *Eclissi del diritto civile*, Milano, s.d. ma 2015, 285-286).

nare l'ordinamento ma anche ad esserne condizionato⁴. L'ordinamento costituzionale è dunque formato, secondo questa moderna visione dottrinale, appunto da un (a) testo, ossia dalla carta costituzionale con le successive revisioni, da un (b) contesto normativo, di livello non necessariamente e formalmente costituzionale, e da un (c) contesto politico-sociale e politico-culturale, entro cui si produce il riconoscimento dei principi costituzionali fondamentali⁵. Del contesto normativo fanno parte leggi di contenuto costituzionalmente rilevante, come alcune alle quali la stessa Carta rinvia, le preleggi al codice civile, le leggi di recepimento di trattati internazionali, ecc.

Anche le categorie necessarie a sistemare ed a conoscere il diritto pubblico, così come quelle del diritto civile, risultano sempre plasmabili in conseguenza di sopravvenienze normative e di fatto onde l'ordinamento, sia pubblico sia privato, diviene aperto mediante un'opera continua di correzione, ampliamento e modificazione⁶.

Così contrapposto l'ordinamento costituzionale alla Carta, è chiaro come i mutamenti del primo avvengano nei modi più diversi dalle procedure di revisione di cui all'art. 138 Cost., modi che arrivano a comprendere la novellazione di importanti complessi normativi, svolte negli orientamenti della giurisprudenza o anche mutamenti di indirizzi politici, dati ad esempio dall'assoggettamento dell'ordinamento italiano a vincoli europei⁷.

La contrapposizione non è più episodica o patologica, come quando si riteneva di doverla imputare agli «anfibologici e sfuggenti enunciati delle moderne costituzioni di compromesso»⁸, ossia quando si sosteneva che tutto l'ordinamento costituzionale stesse nelle disposizioni della Carta, salvi i casi di proposizioni precettive incerte e perciò bisognose di integrazioni in sede ermeneutico-applicativa. Nel frequente caso di disposizioni costituzionali indeterminate possono infatti sopravvenire mutamenti legislativi, o giurisprudenziali o di prassi amministrative, che sostituiscono al

⁴ A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 265.

⁵ A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 267.

⁶ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 33.

⁷ A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 351 e 352.

⁸ S. BARTOLE, voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 302.

significato ad esse attribuito in un primo momento, o al modo prima seguito di colmare una lacuna, significati o modi differenti ⁹.

Diverso era, ed è, il problema del necessario mantenimento dell'ordinamento costituzionale entro il nucleo centrale di scelte e di valori espressi nella Carta, pena il sovvertimento e non più la fisiologica evoluzione. Qui i mutamenti si pongono in netto ed irriducibile contrasto con le formule consacrate nello scritto ¹⁰.

3. - **Revisione del sistema delle fonti del diritto oggettivo.**

Questa nuova visione dei costituzionalisti trova il suo parallelo nell'attuale revisione del sistema delle fonti del diritto oggettivo. Le disposizioni normative di qualsiasi livello possono essere modificate non solo da altre disposizioni equi- o sovraordinate ma anche da «atti o fatti anch'essi sopravvenuti e dotati sia di rilievo giuridico sia di importanza politica o culturale, tanto a livello nazionale, regionale o locale, quanto al livello europeo o internazionale». Si attenua la portata del limite, tracciato in modo rigoroso dal giuspositivismo, tra ciò che è diritto e ciò che non lo è, onde l'identificazione di una fonte non si compie in base a valutazioni astratte e logiche della tecnica giuridica bensì attraverso l'invenzione dei precetti espressi dall'ordinamento in un certo momento, affiancando così il *soft-law* al diritto oggettivo in senso stretto. In tal modo si considera la funzione normativa come esercitabile non più solo mediante l'attività delle assemblee elettive ma come risultante anche da fonti consuetudinarie, giurisprudenziali o «comunque non caratterizzabili come politiche, e quindi dotate di una forza prescrittiva fondata più sulla razionalità che sull'autorità del soggetto» che ne è autore ¹¹.

Gli ordinamenti giuridici vengono così concepiti come sistemi non soltanto di norme e di fatti di produzione normativa ma anche di valori etici e di strutture organizzative. Nella costruzione continua di essi il legislatore

⁹ C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 197.

¹⁰ C. MORTATI, voce *Costituzione dello Stato*, cit.; S. BARTOLE, voce *Costituzione dello Stato*, cit., 308; A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 269.

¹¹ Su tutto ciò A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, 12, 17, 27, 130, 151, 319.

è consapevole di non operare da solo, di non essere l'unico titolare de *pouvoir normateur*, di cui il *pouvoir législatif* è soltanto una parte ¹².

Separati i «cristalli del formalismo legale dal magma della pratica giuridica vivente», le fonti si moltiplicano e si detipicizzano onde il diritto oggettivo, di qualsiasi livello, può essere conosciuto attraverso indagini realistiche assai più che secondo schemi teorici ¹³.

Viviamo «una vicenda storica che, determinando una sempre più vistosa intersezione tra ordinamenti diversi, rende difficile la previa individuazione perfino di una fonte formalizzata ... (o) ... il presupposto enunciativo cui fare riferimento per ricavare il precetto» ¹⁴ e ciò vale anche per il diritto costituzionale.

Appaiono così lontani i tempi in cui si stigmatizzava una «letteratura di questi nostri anni, che pur vuol dirsi giuridica, (con) quanto di politologia, di sociologia e di quant'altro limacciosamente convoglia» ¹⁵.

4. - La legislazione ordinaria può portare a modifiche dell'ordinamento costituzionale.

748

I principi enunciati nella carta costituzionale si realizzano nell'esperienza e col tempo accrescono il radicamento nella società. Esperienza formata dalle prassi politica, economica e del costume, così come dalla giurisprudenza e dall'amministrazione e, ancora, dalle attività normative e soprattutto da quella legislativa. È anche possibile che gradualmente mutamenti della legislazione ordinaria comportino innovazioni a cui sia da riconoscere rilevanza costituzionale. L'affermazione vale con riferimento, oltreché alle norme ordinarie, a quelle europee ed alla giurisprudenza. È perciò possibile che, nel corso del loro radicamento, quei principi subiscano mutamenti e anche si affievoliscano invece che rafforzarsi, in corrispondenza col mutamento dei costumi, delle concezioni etiche e degli orientamenti

¹² F. ROSELLI, *La delega legislativa*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, 436.

¹³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 80; A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 278 e 281.

¹⁴ N. LIPARI, *Le singole fonti del diritto privato*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. I, Milano, 2009, 19.

¹⁵ A. ROMANO, *Presentazione di Santi Romano, Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, LXIV.

politici che pervadono la società. In tal senso possono influire anche i mutamenti delle condizioni oggettive, specialmente economiche. L'accettazione, nella dottrina e nella giurisprudenza, di una categoria giuridica nuova, nel senso di assente nelle fonti del diritto formali, può comportare una modifica del quadro costituzionale: si pensi alla famiglia di fatto contrapposta alla famiglia formata per matrimonio, che secondo alcuni¹⁶ è estranea alla visione del Costituente del 1948.

In breve, situazioni di fatto e valori cambiano più o meno lentamente e il cambiamento, riflettendosi sull'esperienza giuridica, giunge ad incidere sulla costituzione vivente. Ciò si verifica per lo più attraverso modificazioni delle scelte di fondo, gradualmente e non immediatamente percepibili come contrastanti apertamente con la legge fondamentale¹⁷. La comune convinzione di una necessità imminente o comunque le contingenze di fatto possono contribuire in questo senso¹⁸.

5. - La più recente legislazione sul lavoro subordinato.

La più recente legislazione sul lavoro subordinato, realizzata tra l'altro con la legge 28 giugno 2012, n. 92 e col d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, s'inserisce in quella che è stata definita la crisi della fase garantistica del diritto del

¹⁶ F.D. BUSNELL, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 3.

¹⁷ «Durante la guerra mondiale furono garantiti al governo pieni poteri per legiferare tramite regi decreti. Lo stato di guerra cessò (...) nell'autunno 1920 (...) ma l'abitudine di continuare a governare tramite regi decreti era già stata acquisita dalla burocrazia. E poiché il Parlamento non funzionava, i decreti regi continuarono a straripare. Essi erano incostituzionali. Ma tutti avevano altri pensieri di cui preoccuparsi» (G. SALVEMINI, *Lettere americane*, 1927-1949, Roma, 2015, 121).

«I valori per prosperare hanno bisogno di un ambiente adatto e, quando non vengono più sentiti dalla comunità di riferimento, finiscono con l'appassire (...). Se un settore dell'ordinamento è meno sensibile a certe sollecitazioni, finirà con l'assettarsi su modelli, che magari prestano un formale ossequio ai precetti di rango superiore, ma poi li svuotano all'interno, in sede applicativa» (G. TERRANOVA, *I principi e il diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 203). Lo stesso Autore nota come i principi non abbiano un valore assoluto e incompressibile, ma s'attingano in maniera diversa a seconda degli obiettivi di politica del diritto perseguiti dal legislatore (p. 218).

Che i mutamenti apportati dai *Jobs acts* al lavoro subordinato ne abbiano «scosso i caratteri fondanti per sostituirli con altri» è notato anche da SCARANO, *Legge e autonomia privata ai tempi del Jobs act*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs act 2*, Bari, 2015, 95.

¹⁸ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, 306; Id., *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, 274.

lavoro, crisi caratterizzata dall'allentamento dei vincoli protettivi dei lavoratori. Si tratta di una svolta iniziata ormai da tempo, dalla fine degli anni settanta del novecento, con le norme di contenimento del costo del lavoro e con le tensioni tra disciplina protettiva e le esigenze del mercato e, conseguentemente, della politica dell'occupazione¹⁹. Si è poi diffusa la parola d'ordine della "flessibilità", finalizzata a migliorare l'andamento delle imprese ed a garantire nuova occupazione²⁰.

La legislazione attuale concerne il riordinamento dei tipi contrattuali «per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» e, per quanto qui più interessa, i rimedi contro i licenziamenti illegittimi. Così l'art. 7 della legge di delega 10 dicembre 2014, n. 183. Le "tutele crescenti" contro i licenziamenti illegittimi [art. 7, cit., lett. c)] consistono in indennizzi pecuniari "certi", ossia predeterminati e non rimessi alla discrezionalità del giudice, e di misura che cresce con l'anzianità di servizio.

Come è già avvenuto con la legge n. 92 del 2012, novellata *in parte qua*, si manifesta ancora ed anzi si rafforza la tendenza a sostituire la tutela in forma specifica, ossia reintegratoria, con quella dell'indennizzo pecuniario, ossia la tendenza a ridurre la protezione del lavoratore licenziato, determinata principalmente dalle «attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» (art. 7, comma 1, cit.).

Questa svolta dell'indirizzo legislativo incide su scelte di politica legislativa che si erano affermate dal 1970 ossia quando, con lo statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300), si era avuto «l'ingresso della Costituzione in fabbrica»²¹, già preannunciato dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, sui licenziamenti individuali (il cui art. 8 poneva l'obbligo del datore di riassumere il prestatore di lavoro licenziato senza giusta causa o giustificato motivo) e da pronunce della Corte costituzionale, non solo additive ma anche fortemente innovative²² in materia di giusta causa (sent. n. 45 del 1965) e di non decorrenza della prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto (sent. n. 63 del 1966).

¹⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, 2003, 7 ss.

²⁰ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Milano, 2005, 21.

²¹ A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 289.

²² E perciò severamente criticate da F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, 382.

Lo statuto dei lavoratori fu il punto d'arrivo di un movimento travagliato che tendeva alla costruzione di una tutela effettiva del lavoratore privato dei mezzi di sussistenza da un provvedimento espulsivo non sorretto da un interesse giuridicamente proteggibile. «Dovrebbe sottoporsi a pena contravvenzionale l'ingiustificato licenziamento da parte dell'imprenditore» si osservava già all'inizio del secolo ventesimo²³, quando, in materia di protezione del contraente debole, si cominciava a propugnare l'integrazione del lacunoso regolamento legale attraverso fonti extracodicistiche ed anzitutto attraverso la giurisprudenza. Stabilita per contratto la durata del rapporto di lavoro, «se si riconoscesse la massima che (l'imprenditore) avesse piena libertà di licenziare il personale a suo piacere, l'impiegato si troverebbe continuamente esposto ad una incertezza che renderebbe la stabilità affatto illusoria»²⁴. Qui si è ancora lontani dalla tutela reintegratoria ma si riconosce al lavoratore un risarcimento commisurato sul «tempo presumibilmente necessario onde procurarsi una nuova occupazione» e sulla «rimunerazione che egli avrebbe potuto percepire continuando in quella da cui fu distolto»²⁵.

La necessità di una tutela reintegratoria emerge dalla dottrina civilistica e processualcivilistica, che afferma il principio di effettività nella realizzazione del diritto soggettivo in genere e del diritto di credito in particolare, principio in virtù del quale il titolare deve conseguire, per via di adempimento oppure attraverso il processo, esattamente ciò che gli spetta, sul piano quantitativo come sul piano qualitativo²⁶. L'ordinamento deve poi assicurare a chi sia stato illegittimamente privato di un bene della vita il

²³ I. SANTANGELO SPOTO, *Lavoro (polizia del)*, in *Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1902-1905, 170. Anche se la legislazione taceva, subito dopo la metà dell'ottocento era già diffusa fuori dell'ambiente giuridico la consapevolezza dei danni individuali, psicologici ed economici, causati dai *renvois en masse* per cali stagionali dei ricavi e nei quali l'assenza di vera motivazione delle scelte lasciava i licenziati senza alcuna protezione: «tout devenait prétexte pour debayer le plancher... : vous soulier ne sont pas cirés ... trois minutes de retard ... vous avez une sale figure, vous! Finit il pour dire à un pauvre diable dont le nez de travers l'agacait» (E. ZOLA, *Au Bonheur des Dames*, 1883, Parigi, 1984, 173-174).

²⁴ App. Milano, 4 novembre 1880, cit., da F. ROSSI, *L'emersione del licenziamento in età liberale (1865-1914) fra codice, dottrina e giurisprudenza*, in *Giorn. dir. lav.*, 2015, 231.

²⁵ App. Milano 17 luglio 1895, cit., *ivi*, 253.

²⁶ L'affermazione del principio di effettività è frutto di «una lunga vicenda storica, che è sentita, soprattutto nella nostra tradizione, come una conquista di civiltà» (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 61).

recupero del medesimo bene; questo solo eccezionalmente, per impossibilità o per ragioni superiori, può essere sostituito dall'equivalente in denaro.

La formulazione più autorevole di questo principio si trova nel diritto processuale, e risale a Giuseppe Chiovenda, poiché «il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»²⁷.

Quanto alle attuali basi positive del principio, si suole far riferimento²⁸ al combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c., secondo cui il creditore insoddisfatto può domandare la condanna del debitore al risarcimento del danno in luogo dell'adempimento solo in caso di sopravvenuta impossibilità della prestazione²⁹. La forma specifica dell'esecuzione è assicurata dagli artt. 2930, 2931, 2933 c.c.³⁰, i quali dimostrano il favore del legislatore verso questo rimedio.

Nella metà degli anni settanta del novecento si nota poi il perdurante «movimento dottrinale, giurisprudenziale e legislativo diretto ad attribuire al creditore una tutela più intensa, tendente cioè a fargli raggiungere coattivamente, nel più largo numero possibile dei casi, il soddisfacimento dell'interesse che il rapporto obbligatorio effettivamente protegge»³¹.

La tesi chiovendiana viene oggi richiamata quasi soltanto nella materia esecutiva. Essa porta a ritenere che la riduzione alla sola tutela risarcitoria del diritto soggettivo, o alla sola tutela per equivalente, si pone in contrasto con il valore dell'effettività della tutela giurisdizionale e si traduce «in una vera e propria espropriazione a carico del titolare del diritto, espropriazione che il nostro ordinamento costituzionale, se consente negli artt. 42 e 43 riguardo alla proprietà e all'impresa, di certo nell'art. 2 esclude riguardo ai c.d. diritti inviolabili dell'uomo»³².

²⁷ G. CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 273.

²⁸ L. MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 525; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 20.

²⁹ L. MENGONI, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, 152.

³⁰ L. MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, cit., 525.

³¹ M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela "reale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 854 e 861.

³² A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. BARBIERI-F. MACARIO-G. TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del Convegno di

Si dubita così che alcune scelte legislative recenti, soprattutto ma non solamente nella materia lavoristica, espressamente limitative di alcuni rimedi o del novero delle azioni esperibili, condizionino la struttura stessa del diritto che nel processo si vuole tutelare, o si pongano in contrasto con le disposizioni costituzionali e i principi che vorrebbero estendere al massimo grado la possibilità di agire del titolare di un diritto³³.

L'aggiornamento europeistico segnala come oggi venga sollecitato un ritorno alla riparazione in natura, meglio rispondente all'interesse del creditore e realizzabile sia pure attraverso strumenti indiretti quali i meccanismi punitivi; questa viene considerata come una «posizione d'avanguardia»³⁴.

La tutela reintegratoria apprestata dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori nella sua formulazione originaria non è dunque il solo frutto di una teoria giuslavoristica attenta all'evoluzione dell'ordinamento costituzionale ma è anche un aspetto delle più recenti tesi di teoria generale del diritto soggettivo.

Quanto alla rilevanza costituzionale delle norme di protezione del lavoro subordinato, di cui quelle sui rimedi contro i licenziamenti illegittimi costituiscono forse la parte più importante, non occorre qui diffondersi poiché appare sufficiente il rinvio alla manualistica.

È ormai lontano il tempo in cui si affermava che «i così detti diritti sociali non dovrebbero aver posto in una costituzione politica. La costituzione deve essere un semplice documento di procedura e non un programma di azione sociale. I diritti così detti sociali, il popolo se li deve conquistare giorno per giorno attraverso la procedura stabilita dalla costituzione. Scri-

Foggia 14-15 novembre 2003, Milano, 2004, 40. «Si è consolidata l'idea che il diritto processuale sia nient'altro che diritto costituzionale applicato, poiché, in ogni epoca, consente di saggiare le relazioni – armoniche o dissonanti – fra i principi che lo contraddistinguono – carichi di valori etici o semplicemente logici – e il contesto istituzionale generale» (A. PANZAROLA, *I principi nella riflessione di Francesco Carnelutti*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 323).

³³ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 3. «L'idea di effettività della tutela giurisdizionale (...) ha attratto sempre più la cultura giuridica europea e la giurisprudenza, ed è stata alla fine elevata alla dignità di principio fondamentale del processo nella Carta dei diritti dell'Unione Europea (art. 47)» (A. PANZAROLA, *I principi nella riflessione di Francesco Carnelutti*, cit., 323-324).

³⁴ P. RESCIGNO, *Le prospettive di un diritto europeo e uniforme dei contratti*, in Id., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 243.

vere in una costituzione che esiste il diritto al lavoro in un paese in cui una gran crisi economica crea una gran crisi di disoccupazione è ridicolo»³⁵. Che la rilevanza giuridica dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, e quindi la necessaria limitazione della facoltà di recesso *ad nutum* da parte del datore, derivino dall'art. 4, comma 1, Cost. è oggi convinzione comune³⁶, così come è generalmente accettato che l'impresa, lungi dall'essere un luogo di compressione della libertà, è al contrario una delle comunità, delle formazioni sociali (art. 2 Cost.) in cui si svolge la personalità del lavoratore³⁷.

È appena il caso di richiamare ancora, in relazione agli artt. 10 e 11 Cost., la Convenzione OIL n. 158 del 1982, il cui art. 12, comma 1, non si limita a prevedere un "indennizzo in uscita" per il lavoratore licenziato, la Carta sociale europea del 3 maggio 1996 (n. 24 dalla Parte I), la Carta dei diritti fondamentali della UE (art. 30).

Tutte queste norme non impongono il rimedio reintegratorio – ciò è pacifico³⁸ – ma esse inducono a porre le questioni se quel rimedio debba costituire la regola o possa essere l'eccezione e se le stesse norme debbano pesare nella soluzione dei dubbi interpretativi delle norme ordinarie³⁹.

A monte sta la questione se le nuove leggi di cui qui si tratta e lo stato di necessità indotto dalle attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo debbano portare a ripensare il quadro costituzionale complessivo, nel senso qui inteso nei paragrafi 2 e 3.

Sembra in definitiva profilarsi il superamento della contrapposizione tra parti contrattuali, forte e debole. Entrambi i soggetti del rapporto di lavoro appaiono deboli per cause diverse: uno per la posizione socio-economica subalterna; l'altro per le difficoltà di sopravvivenza nel mercato.

³⁵ Così G. SALVEMINI, col suo piglio polemico, in *Lettere americane*, cit., 487.

³⁶ Vedi G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2000, 64.

³⁷ C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, 37.

³⁸ Vedi per tutti M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in *Lav. giur.*, 2015, 548.

³⁹ L. TRIA, *Le nuove norme sui "licenziamenti economici" alla luce dei principi dettati dalla Costituzione, dalla normativa dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali*, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, 2014, 169.

6. - L'atteggiamento della dottrina.

«Ciò che appare dietro l'ambiguo schermo del contratto a tutele crescenti è una modifica organica della disciplina dei licenziamenti individuali, sia pure riferita ai lavoratori che saranno assunti in futuro, che tende a sostituire il precedente impianto sanzionatorio plurale delineato dalla legge Fornero (la l. n. 92 del 2012), della quale porta ad ulteriore compimento l'opzione a favore delle tecniche risarcitorie collegate alla perdita del posto di lavoro, marginalizzando la vecchia tecnica reintegratoria, ormai limitata alle ipotesi residuali dei licenziamenti discriminatori e disciplinari»⁴⁰.

La dottrina pone dunque in evidenza il carattere radicalmente innovativo delle leggi del 2012 e ancor più del 2014 e 2015 (la l. n. 183 del 2014 ed il decreto delegato n. 23 del 2015) ed esprime preoccupazione. Secondo Renato Scognamiglio «occorre guardarsi dalla tentazione di allentare troppo, nell'intento o nella speranza di favorire il mercato, le maglie della tutela garantistica degli innumerevoli soggetti che, disponendo soltanto delle proprie energie fisiche e intellettuali, devono mettersi alle dipendenze dei pochi soggetti in grado di fornire loro la possibilità di lavorare, così restando esposti a forme di sfruttamento tuttora preoccupanti»⁴¹.

V'è chi si mostra scettico verso la diffusa opinione secondo cui le riforme in questione sono idonee ad incidere sui livelli dell'occupazione, e nota che a tale opinione non si accompagna la disponibilità ad attendere gli esiti dei monitoraggi⁴².

Di qui a spostare il discorso sul rilievo costituzionale delle innovazioni il passo è breve: «non si dimentichi che (il disegno costituzionale) pone il lavoro a fondamento della Repubblica e del suo sistema democratico e ne fa uno strumento di libertà dal bisogno, di dignità della persona, di inclusione nella cittadinanza e di partecipazione... (ma) il lavoratore appare talvolta tutelato più dal diritto comune che dal diritto del lavoro. Che vuol dire capovolgere la stessa *ratio* originaria, oltre che negare la storia, di

⁴⁰ F. SANTONI, *Il campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23*, in *Mass. Giur. lav.*, 2015, 373.

⁴¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 11.

⁴² G. SANTACROCE, *Le nuove tutele contro il licenziamento illegittimo nel regime di Jobs act*, in *Foro it.*, 2015, 68. Vedi anche A. LASSANDARI, *La riforma del lavoro del governo Renzi: il disegno e la realizzazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 745.

questo ordinamento: il quale si distacca dal diritto comune dei contratti proprio per la maggior tutela da riconoscere al lavoratore quale contraente debole»⁴³. Si parla così di attuale «delegittimazione culturale del diritto del lavoro» e di sacrificio, «sull'altare della crisi», di esigenze elementari della civiltà giuridica⁴⁴, di minaccia per la «stabilità e per la credibilità scientifica della nostra materia»⁴⁵ e addirittura di «processo decostituente»⁴⁶.

Sembra chiaro il senso complessivo di queste denunce: il perseguimento della diffusione dell'occupazione è un valore di fronte al quale può avvenire che recedano sia il principio di eguaglianza sostanziale, ossia di tutela del lavoratore quale contraente debole, sia la concezione dell'impresa come formazione sociale, e ciò per la maggiore precarietà del rapporto di lavoro ed il connesso minore sentimento di appartenenza all'impresa, che conseguono alla diminuzione della tutela reintegratoria⁴⁷.

È facilmente immaginabile l'obiezione: non si può proteggere il lavoratore dove manchi l'occupazione, e le nuove norme mirano specificamente a «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca d'occupazione» (così l'art. 1, l. n. 183 del 2014 ed il preambolo al d.lgs. n. 23 del 2015).

⁴³ M. RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, Padova, 2015, 194. Critico contro la visione del lavoratore quale parte debole è oggi L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità dal punto di vista giuridico"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT. 267/2015, 2-13.

⁴⁴ M. NAPOLI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, Torino, 2014, XI.

⁴⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 269.

⁴⁶ S. CHIARLONI, *Il nuovo protocollo 16 per la Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1319.

⁴⁷ «lachant le patron ou laché par lui pour un mot, sans affection, sans moeurs, sans art!» (E. ZOLA, *Au Bonheur des Dames*, cit., 33). «La vita non ha valore se non è proiettata nell'avvenire, senza promessa di crescere e progredire» dice A. CAMUS, in *Né vittime né carnefici. Il secolo della paura*, trad. it. GUGLIELMI, in *Ribellione e morte*, Milano 1961, 55. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, cit., 85, pone il lavoro esercitato come uno degli elementi costitutivi dell'identità personale, richiamando l'art. 34 c.c. franc., che quanto agli atti dello stato civile prescrive, per tutti coloro che vi siano nominati, l'indicazione della professione, oltretché del prenome, nome e domicilio. Tutto il contrario del «salarié et precarisé, dont le travail tend à nouveau à être traité comme une marchandise» (p. 107). Dello stesso SUPIOT, *Critique du droit du travail*, cit., 20, è un riconoscimento del contributo dato dalla dottrina italiana con *acuité et finesse* ad una concezione del contratto di lavoro dipendente come *personnelle et communautarie* più che patrimoniale e sinallagmatica. L. CAVALLARO, *Servitore di due padroni*, cit., 148, nota che i trattati istitutivi dell'Unione Europea in tanto proclamano "diritti" in quanto l'esercizio di essi risulti compatibile col funzionamento della libera concorrenza.

Ma si tratta appunto di congruenza dei mezzi al fine e di un bilanciamento dei valori, e la questione da porre è se il nuovo risultato del bilanciamento porti ad un mutamento, nella materia, di una tavola di valori che appariva stabile ⁴⁸.

7. - Le singole questioni interpretative.

La risposta alla domanda testé formulata non può non influire sulle questioni interpretative poste dal d.lgs. n. 23 del 2015 e che qui di séguito si rappresentano, ovviamente senza pretesa di completezza.

a) Il regime del d.lgs. cit. si applica ai lavoratori – operai, impiegati o quadri, e non dunque ai dirigenti – assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto legislativo (art. 1, comma 1). La disparità di trattamento tra dipendenti assunti prima e dopo di questa data non appare irragionevole, ossia in contrasto con il capoverso dell’art. 3 Cost., considerata la ben nota giurisprudenza costituzionale secondo cui anche il solo trascorrere del tempo può diversificare la situazioni giuridiche ⁴⁹. Il legislatore ha voluto non deludere l’affidamento nella tutela dell’art. 18 St. lav., riposto dai lavoratori assunti prima di quella data.

b) Il d.lgs. si applica anche ai casi di conversione, successiva alla sua entrata in vigore, del contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato (art. 1, comma 2).

Fondandosi sull’affidamento si cui s’è ora detto, qualcuno ha ritenuto che il nuovo regime si applichi solo ai contratti a termine o di apprendistato conclusi dopo la sua entrata in vigore ⁵⁰. Altri ha aderito a questa tesi con l’osservazione secondo cui, risolvendosi la conversione giudiziale nel mero accertamento di nullità della clausola appositiva del termine, il rapporto è da ritenere *ab origine* a tempo indeterminato ⁵¹.

⁴⁸ Anche la Corte costituzionale modifica i suoi atteggiamenti. Secondo una giurisprudenza ormai non più recente non è consentito neppure al legislatore di sottrarre la disciplina del lavoro subordinato a rapporti che, comunque denominati, ne abbiano il contenuto essenziale (Corte cost. sent. nn. 121 del 1993 e 115 del 1994). La sent. n. 76 del 2015, per contro, rimette la conformazione del tipo negoziale alle scelte del legislatore.

⁴⁹ Corte cost. n. 354 del 2014, n. 342 del 2006, n. 276 del 2005.

⁵⁰ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 311.

⁵¹ M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cosiddetto contratto a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT – 256/2015, 7-8.

Altri ancora prospetta l'eventualità del raggiungimento, da parte dell'impresa, delle grandi dimensioni di cui all'art. 18, commi 8 e 9, St. lav. in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 (art. 1, comma 3), e della successiva riduzione del personale con ritorno alle piccole dimensioni. In tal caso tornerebbe ad essere applicabile la tutela dell'art. 8 l. n. 604 del 1966⁵².

c) A norma dell'art. 2, comma 1, la tutela reintegratoria è possibile quando il licenziamento possa essere ricondotto a casi di nullità espressamente previsti dalla legge. Quando la nullità non sia espressamente prevista, si potrebbe escludere la tutela *ex art. 18, cit.*, ma ammettere quella ripristinatoria del diritto civile, ossia non soltanto indennitaria⁵³.

d) Nel caso di licenziamento intimato prima del superamento del periodo di comporto (art. 2110, comma 2, c.c.), si potrebbe, anche qui, avere la tutela ripristinatoria di diritto comune⁵⁴ oppure l'inesistenza del fatto materiale contestato, e quindi la reintegrazione *ex art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015*⁵⁵.

e) Parte della dottrina denuncia il contrasto del d.lgs. col principio di proporzione, riconducibile al capoverso dell'art. 3 Cost. ed anche recentemente valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁶. Il contrasto si avrebbe perché il licenziamento illegittimo, in quanto illecito contrattuale, può arrecare un danno ingiusto più o meno grave a seconda non solo dell'anzianità di servizio ma anche dell'età del licenziato, del carico di famiglia o delle sue condizioni patrimoniali, onde il solo rimedio indennitario commisurato soltanto sull'anzianità parificherebbe situazioni di troppo diversa gravità⁵⁷. Il contrasto si prospetterebbe anche per la negazione della tutela reale a prescindere dalla verifica giudiziale della sussistenza

⁵² G. PROIA, *Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 60.

⁵³ C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, cit., 32.

⁵⁴ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 335.

⁵⁵ M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 395.

⁵⁶ Sent. n. 170 del 2015.

⁵⁷ F. SANTONI, *Il campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti*, cit., 372.

stenza del motivo ⁵⁸ e, ancora, per la previsione di sanzioni di gravità notevolmente differenziata a seconda che la nullità sia o no prevista espressamente dalla legge ⁵⁹.

A giudizio del legislatore, in definitiva, nella quasi completa negazione della tutela specifica, ossia reintegratoria, contro il licenziamento illegittimo, la libertà del datore di lavoro nell'organizzazione dell'impresa prevale sul principio di proporzionalità.

f) Quanto all'insussistenza del fatto, di cui all'art. 3, comma 2, cit., si è pressoché unanimi nel parificare al fatto materiale quello irrilevante sul piano disciplinare ⁶⁰ ossia non qualificabile come inadempimento del prestatore di lavoro o come inadempimento imputabile ⁶¹. Si aggiunge che fatti di apparente rilievo disciplinare possono in realtà nascondere una manovra fraudolenta o illecita ⁶². Altri ancora pretendono un inadempimento "quanto meno notevole", evocando l'art. 1455 c.c. ⁶³.

g) L'onere di provare la sussistenza del fatto contestato spetta al datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 l. n. 604 del 1966, con eventualmente ampio esercizio dei poteri officiosi di cui all'art. 421 c.p.c. ⁶⁴.

h) Quanto ai licenziamenti collettivi, la tutela reintegratoria dovrebbe spettare al lavoratore licenziato per motivi discriminatori, altrimenti configurandosi una disparità di trattamento irragionevole ⁶⁵.

i) Circa l'applicabilità del d. lgs. ai pubblici impiegati, pare ormai rag-

⁵⁸ L. TRIA, *Le nuove norme sui "licenziamenti economici"*, cit., 165; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti*, cit., 3; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, cit., 270.

⁵⁹ M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., 395; R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs act*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, cit., 9-10.

⁶⁰ F. SANTONI, *Il campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti*, cit., 371; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 324-327.

⁶¹ C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 102.

⁶² R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, cit., 280; A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, cit., 90.

⁶³ L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, cit., 43 e 51.

⁶⁴ C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 105. Contra M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, cit., 327-328.

⁶⁵ G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in Id. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, cit., 106.

giunta la quasi unanimità sulla tesi negativa, per il riferimento dell'art. 1, comma 1, all'art. 2095 c.c., estraneo alla disciplina del pubblico impiego⁶⁶. Inconsueto nella teoria dell'interpretazione è l'argomento basato sulla futura (e prossima?) emanazione di un'ennesima riforma in questo settore del lavoro⁶⁷.

l) Il lavoratore illegittimamente licenziato per aver rifiutato variazioni dell'orario di lavoro o la trasformazione del rapporto, dal tempo pieno al tempo parziale o viceversa (art. 6, comma 8, e art. 8, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), ha diritto alla reintegrazione, in quanto il motivo del licenziamento possa considerarsi di rappresaglia ossia discriminatorio?⁶⁸

m) Se si ritiene compiuto il mutamento dell'ordinamento costituzionale di cui sopra s'è detto, allora si potrà anche considerare superata la giurisprudenza, costituzionale e comune, in materia di inizio del termine di prescrizione dei diritti spettanti al prestatore di lavoro⁶⁹.

Anche il principio secondo cui la prescrizione dei crediti retributivi non decorre nel corso del rapporto lavorativo se questo non sia assistito dalla "stabilità reale" *ex* art. 18 St. lav., potrebbe essere posto in discussione, non essendo più possibile predicare l'identificabilità del rapporto stabile con quello assistito dalla tutela *ex* art. 18⁷⁰.

Diversamente, bisognerà credere che la prescrizione per i neo assunti non decorrerà in corso di rapporto ma solo alla cessazione dello stesso, atteso

⁶⁶ F. SANTONI, *Il campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti*, cit., 369; F. CARINCI, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l. n.300/1970 al Jobs Act)*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, cit., 7; A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, cit., 99.

⁶⁷ C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, in *Arg. dir. lav.* 2015, 285.

⁶⁸ Il divieto di licenziamento discriminatorio – sancito negli artt. 4 l. n. 604 del 1966, 15 l. n. 300 del 1970, 3 l. n. 108 del 1990 – è suscettibile d'interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, costituente arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo. In tali casi tuttavia è necessario provare che questa ragione sia stata l'unica (Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, 25 luglio 2008, n. 20500, 14 luglio 2005, n. 14816). Altri (G. PROIA, *Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., 80) è contrario ad un'«estensione non controllata» della nozione di licenziamento discriminatorio.

⁶⁹ Su questa giurisprudenza vedi C. RUPERTO (diretta da), *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Art. 2935, Milano, 2011, 499, e *Aggiornamento*, 2011, 446.

⁷⁰ G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali nel novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e jobs act*, relazione svolta nel corso del 13-15 aprile 2015 della Scuola superiore della Magistratura.

che, anche nelle grandi aziende, la tutela reale è divenuta un'eccezione e la tutela obbligatoria la regola ⁷¹.

Secondo altri «il legislatore potrebbe intervenire a protezione di un'intera classe di relazioni contrattuali accomunate da un persistente profilo di dipendenza economica, inibendo *sic et simpliciter* la decorrenza fino al termine del rapporto di lavoro, e così liberandosi dall'ingegnosa quanto artificiosa *inventio* del *metus* e comunque divincolando il tema dal forte assillo del riferimento al regime di protezione avverso i licenziamenti» ⁷².

⁷¹ D. CARBONE, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Dir. e lav. nelle Marche*, 2014, 182.

⁷² V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro a c.d. tutele crescenti*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, cit., 190.