

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

*Le nuove regole del lavoro dopo la legge n. 92/2012:
prime interpretazioni*

INTERVENTI

*Alle frontiere della certificazione: la subfornitura industriale
Licenziamento economico nel Regno Unito*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Le relazioni industriali in AgustaWestland

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Contrattazione collettiva separata e diritto di assemblea
Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero
Pomigliano in "appello": impegni pubblici e discriminazione
Trasferimento di ramo d'azienda e responsabilità solidale*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Responsabilità solidale negli appalti e aspetti fiscali
Primi effetti del programma di contenimento della disoccupazione
Formazione per la sicurezza:
linee applicative della Conferenza Stato-Regioni*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Parità di trattamento dei lavoratori temporanei e scatti di anzianità

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Quadro internazionale e comparato – Fondi di compensazione
per le vittime di amianto
Spagna – Le riforme del lavoro del biennio 2010-2012*

N. 4/XXII - 2012

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

Rivista di
ADAPT-CENTRO STUDI
"MARCO BIAGI"



GIUFFRÈ EDITORE

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista fondata da Luciano Spagnuolo Vigorita e già diretta da Marco Biagi

DIREZIONE

Tiziano Treu, Mariella Magnani, Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

COMITATO SCIENTIFICO

Aris Accornero, Gian Guido Balandi, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Roberta Bortone, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Laura Castelvetti, Giuliano Cazzola, Gian Primo Cella, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Clara Enrico, Rosario Flammia, Pietro Ichino, Arturo Maresca, Luigi Mariucci, Oronzo Mazzotta, Luigi Montuschi, Gaetano Natullo, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Roberto Pedersini, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Mario Ricciardi, Mario Rusciano, Giuseppe Santoro Passarelli, Franco Scarpelli, Paolo Sestito, Pier Antonio Varesi, Luciano Spagnuolo Vigorita, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

COMITATO EDITORIALE INTERNAZIONALE

Carmen Agut García (*Castellón*), Janice Bellace (*Pennsylvania*), Roger Blanpain (*Lovanio*), Giulio Grisolia (*Buenos Aires*), Csilla Kolonnay Lehoczky (*Budapest*), Antonio Ojeda Avilés (*Siviglia*), Shinya Ouchi (*Tokyo*), Miguel Rodriguez Pinero (*Madrid*), Juan Raso Delgue (*Montevideo*), Jacques Rojot (*Parigi*), Ulrich Runggaldier (*Vienna*), Malcolm Sargeant (*Londra*), Michal Sewerynski (*Lodz*), Yasuo Suwa (*Tokyo*), Fernando Valdes Dal Re (*Madrid*), Manfred Weiss (*Francoforte*).

REDAZIONE

Roberta Caragnano (*redattore capo*), Andrea Bollani (*coordinatore Osservatorio giurisprudenza italiana*), Luca Calcaterra, Guido Canavesi, Enrica Carminati, Maurizio Del Conte, Maria Teresa Crotti, Marco Ferraresi (*coordinatore Pavia*), Giuseppe Ludovico, Laura Magni (*coordinatore Modena*), Stefano Malandrini, Pietro Manzella (*revisore linguistico*), Marco Marzani, Emmanuele Massagli, Giuseppe Mautone, Marta Mondelli, Nicoletta Pagni, Flavia Pasquini, Pierluigi Rausei, Lisa Rustico, Raffaello Santagata, Lucia Silvagna, Silvia Spattini, Gaetano Zilio Grandi.

COMITATO DEI REVISORI

Aris Accornero, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Clara Enrico, Pietro Ichino, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Marcello Pedrazzoli, Giampiero Proia, Giuseppe Santoro Passarelli, Armando Tursi, Pier Antonio Varesi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Viale Berengario, 51 – 41100 Modena (Italy) – Tel. +39 059 2056742; Fax +39 059 2056043. Indirizzo e-mail: dri@unimore.it

Dipartimento di Studi Giuridici – Università degli Studi di Pavia
Corso Strada Nuova, 65 – 27100 Pavia (Italy) – Tel. +39 0382 984013; Fax +39 0382 27202.
Indirizzo e-mail: dri@univr.it

Diritto delle Relazioni Industriali si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali pubblicati sulla base di un metodo di valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato dei revisori. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla direzione che si avvale anche del Comitato scientifico e del Comitato editoriale internazionale.

Amministrazione: Casa editrice Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A.,
via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432
Internet: <http://www.giuffre.it> - e-mail: vendite@giuffre.it

Pubblicità:

Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426
e-mail: periodici@giuffre.it

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2013

Unione europea € 115,00
Paesi extra Unione europea € 170,00
Prezzo di un singolo numero € 29,00
(Extra U.E. € 43,00)
Sconto 10% per i soci AISRI - soci ADAPT - abbonati Bollettino ADAPT - soci AIDP - soci GDP

RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 36,00* non abbonato € 110,00*

*IVA compresa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2013, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2013.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

In caso di sottoscrizione contemporanea alle due riviste cartacee qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
<i>Diritto delle Relazioni Industriali</i>	€ 115,00	€ 170,00
<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>	€ 145,00	€ 217,00

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- mediante carta di credito (VISA - MASTERCARD - EUROCARD - CARTA SI), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 1 del 4 gennaio 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: MICHELE TIRABOSCHI



Rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. GUICCIARDINI 66

DIRITTO
delle
RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

N. 4

XXII-2012



GIUFFRÈ EDITORE

Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista

Chiara Colosimo

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** I principi, una costante di riferimento. – **3.** Il sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema sanzionatorio. – **3.1.** I casi di nullità del licenziamento e la tutela reale piena. – **3.2.** L'illegittimità della causale soggettiva. – **3.2.1.** La tutela reale con indennizzo ridotto. – **3.2.2.** La tutela obbligatoria. – **3.3.** Il licenziamento per motivi oggettivi illegittimo. – **3.3.1.** La tutela reale con indennizzo ridotto. – **3.3.2.** La tutela obbligatoria. – **3.4.** Le violazioni delle regole procedurali e la tutela obbligatoria ridotta. – **4.** Brevi riflessioni conclusive.

1. Premessa.

La presente riflessione muove dall'esigenza di approfondire il meccanismo delineato dal legislatore della riforma Fornero nella definizione delle nuove forme di tutela in caso di licenziamento illegittimo e dei relativi ambiti di applicazione.

La legge n. 92/2012 è stata da più parti presentata come lo strumento attraverso il quale si è voluto arginare la discrezionalità del giudice del lavoro nell'ambito del sindacato di legittimità dei licenziamenti ⁽¹⁾.

* *Magistrato ordinario, giudice del lavoro, Tribunale di Milano.*

⁽¹⁾ Vedi, al riguardo, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, 438 ss.: «il problema più acuto in materia di licenziamento è quello, già segnalato, dell'incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso del licenziamento sia disciplinare sia per g.m.o. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunziare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento e, quindi, sui costi che l'impresa deve affrontare nel caso in cui intende estinguere il rapporto di lavoro. La discrezionalità del giudice è molto ampia e, spesso, imperscrutabile, per quanto attiene al licenziamento sia disciplinare sia per motivi economici. Basta pensare alla valutazione della proporzionalità (evocata dall'art. 2106 c.c.) tra infrazione e sanzione disciplinare (conservativa o espulsiva) da applicare op-

Siffatta prospettiva pare invero ingiustificatamente riduttiva poiché, proprio in materia di licenziamento, seppur intervenendo prevalentemente sul sistema sanzionatorio, il legislatore risulta aver operato un notevole sforzo sistematico anche al fine di creare nuovi equilibri in una realtà economico-sociale sempre più complessa.

La delimitazione della discrezionalità del giudicante è senz'altro scopo dichiarato della riforma ⁽²⁾: risultato che il legislatore persegue, non soltanto declinando diverse ipotesi di illegittimità cui ricondurre differenti forme di tutela, ma anche individuando specifici limiti al sindacato giurisdizionale – con particolare riferimento alla risoluzione del rapporto per motivi economici e organizzativi – la cui violazione costituisce «motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto» (articolo 30, legge n. 183/2010).

Nel testo della riforma si rinviene, tuttavia, anche la ricerca di un nuovo strumento di bilanciamento degli interessi nel rapporto tra datore di lavoro e prestatore e, sotto questo profilo, la legge n. 92/2012 impone indiscutibilmente l'adozione di una prospettiva affatto nuova.

Sino ad oggi il giudice del lavoro è stato abituato a considerare il solo disvalore della condotta del lavoratore, poiché l'illegittimità formale o sostanziale dell'operato della parte datoriale portava, sempre e comunque, all'adozione di una sola tipologia di sanzione. A seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina ciò non sarà più possibile, poiché il legislatore impone oggi al giudice di valutare la specifica natura del vizio che inficia l'operato datoriale e di farne derivare conseguenze differenti.

pure alla prova (dilatabile a dismisura) che deve essere fornita dal datore di lavoro per dimostrare la sussistenza del g.m.o. di licenziamento nel caso di soppressione del posto di lavoro».

⁽²⁾ Obiettivo mancato secondo taluni AA., cfr. A. TURSI, P.C. VINCENTI, B. RAIMO, *La riforma del mercato del lavoro. Commento organico alla L. 28 giugno 2012, n. 92, aggiornata con le disposizioni della L. 7 agosto 2012, n. 134*, Dike, Roma, 2012, 65 ss.: «il risultato, in effetti, è tutt'altro che limpido ed organico sia sotto il punto di vista della sistematica generale, nonché della realizzazione della certezza del diritto visto il notevole potere riconosciuto al giudice in sede di valutazione delle fattispecie [...]. Nel complesso emerge un sistema particolarmente macchinoso e complicato, che potrebbe favorire interpretazioni contrastanti e difficoltà applicative non favorendo né quella semplificazione né quella celerità che si è proposto il legislatore nella elaborazione della nuova disciplina». Medesima critica svolgono L. TRAMONTANO, O. LA TEGOLA, *La riforma del mercato del lavoro*, Celt, Piacenza, 2012, 26-27. Si veda, inoltre, B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2012, n. 140.

È questo un aspetto che si avrà modo di approfondire, per ora sia sufficiente anticipare come il rinnovato impianto dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori risulti di fatto caratterizzarsi per la previsione di fattispecie a gravità decrescente e rilevanza residuale ⁽³⁾.

Facendo proprio un approccio che ben potrebbe essere definito sostanzialista, il legislatore sembrerebbe aver posto al centro del nuovo sistema di tutele il *fatto* da considerarsi, come si avrà modo di osservare, non nella sua mera esistenza materiale, ma nella sua *rilevanza giuridica*: rispettivamente, quindi, come *fatto disciplinare* ovvero come *evento di natura economica, produttiva od organizzativa* ex articolo 41 Costituzione e articolo 3, legge n. 604/1966.

La conseguenza di quanto sin qui osservato dovrebbe essere, nel giudizio, quella di un vero e proprio ribaltamento di prospettiva. L'esperienza insegna che il giudice era in primo luogo chiamato a conoscere dei vizi formali, in quanto del tutto idonei a garantire al lavoratore illegittimamente licenziato la reintegrazione nel posto di lavoro. Oggi, questa specifica forma di tutela non potrà più darsi per scontata a fronte di meri vizi formali o procedurali, e il lavoratore che vi aspiri dovrà chiedere che il sindacato giurisdizionale si estenda anche alla verifica della *sussistenza del fatto* posto dal datore a giustificazione della risoluzione del rapporto.

D'altronde, che la riforma Fornero imponga l'adozione di una prospettiva del tutto nuova è circostanza che emerge inequivocabilmente dalla lettura della nuova rubrica dell'articolo 18, che non disciplina più solo la reintegrazione nel posto di lavoro, bensì la tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo ⁽⁴⁾. Tanto basta per chiarire anche al lettore più distratto che il sistema di tutele non conosce più soltanto una forma, e che la reintegrazione non costituisce più l'unica sanzione.

Invero la prima e, forse, l'unica certezza per quanti si accostano allo studio della materia, così come riscritta dalla legge n. 92/2012, è che il legislatore ha operato una profonda revisione delle conseguenze sanzionatorie, differenziandole in funzione degli specifici vizi riscontrati e

⁽³⁾ Vedi anche M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione svolta nell'ambito delle Giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Pisa, 7-9 giugno 2012, 19 ss.

⁽⁴⁾ A. TURSI, P.C. VINCENTI, B. RAIMO, *op. cit.*, 81: «modifica dalla quale appare chiaramente come nel testo novellato e nel nuovo regime di tutela, lo strumento della reintegrazione abbia perso quel ruolo di centralità che il legislatore dello Statuto aveva elaborato».

delle ragioni effettive del licenziamento, ossia accertate in sede di giudizio ⁽⁵⁾.

Quanto sin qui osservato induce a due considerazioni preliminari.

Come correttamente osservato da taluni Autori, oggi come ieri il problema fondamentale resta quello della qualificazione del licenziamento ⁽⁶⁾, qualificazione che deve essere fatta sulla base delle allegazioni e delle prove fornite dal datore di lavoro, poiché è dalle ragioni effettive di licenziamento che dipende la definizione del vizio che eventualmente lo colpisce.

Il mancato assolvimento dell'onere probatorio in ordine alla correttezza formale e sostanziale del licenziamento, tuttavia, non garantisce la reintegrazione nel posto di lavoro, dovendosi tenere conto dei differenti vizi dai quali l'atto di recesso può risultare affetto e delle diverse ipotesi di tutela previste dalla legge.

2. I principi, una costante di riferimento.

Prima di procedere nella riflessione in oggetto, pare opportuno verificare se nella materia, nonostante il profondo intervento legislativo, sia possibile individuare elementi di continuità, ossia principi, nozioni e parametri di valutazione destinati a caratterizzare come in passato il sindacato giurisdizionale.

Si osserva, in primo luogo, che non mutano le causali del licenziamento e, ancor prima, non muta il principio per cui il lavoratore può essere licenziato solo a fronte di un motivo giustificato, così come sancito anche all'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ⁽⁷⁾. Immodificato risulta, infatti, l'articolo 1, legge n. 604/1966, il

⁽⁵⁾ Osserva M.T. CARINCI, *op. cit.*, 22, che «da queste norme risulta evidente che la scelta tra le diverse forme di tutela non dipende dalla giustificazione formalmente adottata dal datore a fondamento del proprio atto di recesso, ma dalla giustificazione effettiva che, sulla base della domanda del lavoratore, il giudice è chiamato ad accertare. Non a caso la dottrina sottolinea l'eccessiva discrezionalità che il disegno di legge attribuisce al giudice nella determinazione delle regole da applicare al caso concreto e non si preoccupa, invece, del(l'irrazionale) margine di scelta che una tale interpretazione lascerebbe al datore di lavoro nel determinare le conseguenze [...] di un proprio atto illecito o, comunque, illegittimo».

⁽⁶⁾ C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *LG*, 2012, 10, 863.

⁽⁷⁾ «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

quale stabilisce che il licenziamento può avvenire solo per giusta causa, o per giustificato motivo oggettivo o soggettivo.

La *giusta causa* continua ad essere, *ex* articolo 2119 del codice civile, la causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto e, quindi, l'ipotesi in cui il prestatore di lavoro pone in essere fatti di gravità tale da configurare un'irrimediabile negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, primo tra tutti quello fiduciario. Il *giustificato motivo soggettivo*, *ex* articolo 3, legge n. 604/1966, deve ancora essere individuato nel notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore, ossia nella colpevole e rilevante violazione dei doveri attinenti al rapporto contrattuale. Da ultimo, il *giustificato motivo oggettivo*, *ex* articolo 3, legge n. 604/1966, è tutt'oggi quella ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento di essa.

Sotto il profilo delle causali del recesso, dunque, il legislatore non ha introdotto modificazione alcuna e il giudice del lavoro continuerà a doversi confrontare con le stesse clausole generali, così come declinate dall'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale.

Trova espressa conferma il principio dell'immutabilità della causale del licenziamento, che risulta addirittura rafforzato dalla previsione dell'obbligo di contestuale specificazione dei motivi di risoluzione all'atto della comunicazione della stessa (articolo 2, comma 2, legge n. 604/1966): è un obbligo che, con tutta evidenza, ha la funzione di evitare possibili manovre distorsive del datore di lavoro⁽⁸⁾ e che in alcun modo vincola il giudice, chiamato ad accertare – oggi come ieri – le ragioni effettive del licenziamento anche ove difformi da quelle formalizzate.

Conserva piena operatività il principio di proporzionalità di cui all'articolo 2106 del codice civile, norma né abrogata né modificata, ma senz'altro chiamata ad adeguarsi al rinnovato sistema legislativo al pari dei principi di tempestività e specificità della contestazione disciplinare, che sembrerebbero destinati a conoscere un vero e proprio precipitato sostanziale.

Non muta il riparto degli oneri probatori poiché, ai sensi dell'articolo 5, legge n. 604/1966, è sempre e comunque il datore di lavoro a dover dimostrare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento, incombendo sul lavoratore il solo onere della prova di

⁽⁸⁾ Vedi C. CESTER, *op. cit.*, 863.

quel fatto diverso che ritenga di dover, eventualmente, allegare⁽⁹⁾: one-re, quest'ultimo, destinato peraltro a conoscere attenuazioni e parziali inversioni in tema di discriminazione.

3. Il sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema sanzionatorio.

Poste queste necessarie premesse, pare ora possibile procedere all'analisi dell'impianto delineato dall'articolo 1, comma 42, legge n. 92/2012 e all'esame della valutazione in concreto rimessa al giudice del lavoro del post-riforma.

Come opportunamente sottolineato da parte della dottrina, quello delineato dalla legge in commento è un vero e proprio sindacato a "doppia fase"⁽¹⁰⁾ poiché, in un primo momento, il giudice sarà chiamato a valutare la legittimità o meno del licenziamento e, in un secondo momento, dovrà individuare la sanzione applicabile al caso concreto.

Nel riscrivere la previsione di cui all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, il legislatore ha di fatto circoscritto quattro macro-aree di riferimento nelle quali risultano disciplinati, rispettivamente, i casi di nullità, le conseguenze del licenziamento illegittimo sorretto da una causale soggettiva, le conseguenze del licenziamento illegittimo giustificato da motivi oggettivi, e le violazioni delle regole formali e procedurali.

Sotto il profilo prettamente sanzionatorio, si individuano invece quattro diversi regimi: due ipotesi di tutela reale (una "forte", sostanzialmente identica al passato, e una "debole", poiché accompagnata da un risarcimento ridotto) e due ipotesi di tutela obbligatoria (una "forte", da dodici a ventiquattro mensilità, e una "debole", da sei a dodici mensilità).

⁽⁹⁾ Sul punto, F. SANTINI, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 251.

⁽¹⁰⁾ A. MARESCA, *op. cit.*, 438 ss., riflette sullo «sdoppiamento sul piano funzionale (non su quello applicativo), del percorso mirato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento da quello che conduce a selezionare la sanzione»: «nel primo caso il giudice dovrà stabilire se il fatto (il comportamento del dipendente o la ragione aziendale) integra o meno la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo oggettivo [...]. Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà, poi, individuare la sanzione da applicare nel caso concreto utilizzando i criteri selettivi stabiliti dal nuovo art. 18». Vedi anche A. BOTTINI, F. TOFFOLETTO, *Il giudice può decidere tra quattro sanzioni*, in M.C. DE CESARI, F. MICARDI (a cura di), *La riforma del lavoro*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012, 56.

3.1. I casi di nullità del licenziamento e la tutela reale piena.

La tutela riservata per il caso di licenziamento nullo opera nei confronti di tutti i lavoratori, dirigenti compresi, indipendentemente dalla natura imprenditoriale dell'attività svolta e dalle dimensioni occupazionali.

Il rinnovato articolo 18, comma 1, rammenta che deve considerarsi nullo il licenziamento discriminatorio, quello intimato in concomitanza col matrimonio, quello intimato in violazione dei divieti di licenziamento di cui al decreto legislativo n. 151/2001, quello riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge, ovvero intimato per motivo illecito determinante *ex* articolo 1345 del codice civile.

Si tratta dell'unico caso che consente di accedere – indipendentemente dal motivo formalmente addotto dal datore di lavoro a giustificazione del recesso, e dal numero dei dipendenti occupati – alla tutela reale piena.

In questi casi, il giudice dichiara la nullità del licenziamento e il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, al risarcimento del danno con un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello di effettiva reintegrazione dedotto l'*aliunde perceptum* ⁽¹⁾, e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità, oltre che al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Per queste ipotesi, peraltro, è fatta salva la facoltà del lavoratore di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità (che non è assoggettata a contribuzione previdenziale) pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro.

Nei commi in esame, il legislatore della riforma ha richiamato tutti i casi di nullità già contemplati dall'ordinamento, senza introdurre fattispecie aggiuntive, ma raggruppando in un'unica previsione legislativa la pluralità delle ipotesi preesistenti, così di fatto agevolandone l'individuazione.

Come anticipato, l'ipotesi in commento è l'unica che consente al lavoratore di ottenere la “vecchia” tutela reale piena ed è una circostanza, questa, che induce a presumere che la maggior parte degli interessati cercherà di far valere in giudizio una ragione di nullità della risoluzione

⁽¹⁾ Il legislatore fa proprio, in questo modo, l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, imponendo di fatto al giudice una puntuale indagine in ordine alle attività svolte e alle somme percepite dal prestatore di lavoro in epoca successiva al licenziamento.

del rapporto (che sarà, molto probabilmente, quella discriminatoria) al fine di ottenere il risultato in assoluto più soddisfacente. Si tratta tuttavia di un'opzione tutt'altro che scevra di rischi, poiché provare la causa di discriminazione è, *in primis*, onere che incombe su colui che se ne duole. Vero che la legge consente al lavoratore di avvalersi, ai fini della prova della discriminazione, di presunzioni e dati statistici; ciò nonostante, affinché sorga l'onere della parte datoriale di provare l'insussistenza della lamentata discriminazione, sarà comunque necessario che il prestatore introduca in giudizio elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza del comportamento discriminatorio: «la natura discriminatoria o il motivo illecito del licenziamento possono essere provati anche mediante una presunzione, ma per la costruzione di questa occorrono fatti indiziari diversi rispetto alla ingiustificatezza anche qualificata»⁽¹²⁾.

Sicché, se è senz'altro vero che l'ordinamento conosce in materia un regime probatorio meno oneroso rispetto a quello ordinario (che avrebbe fatto ricadere sulla sola parte attrice l'onere di provare la discriminazione), sarebbe erroneo confondere il *favor* sopra delineato con una totale inversione legale dell'onere della prova: al prestatore, infatti, è espressamente richiesto di fornire elementi utili alla presunzione dell'esistenza di una condotta discriminatoria e, come tali, atti a determinare il sorgere dell'onere della prova liberatoria in capo alla parte datoriale. Difficilmente, peraltro, il solo accertamento dell'insussistenza della ragione formale di licenziamento potrà essere considerato elemento sufficiente a sancire la natura discriminatoria della risoluzione del rapporto di lavoro⁽¹³⁾.

Il licenziamento ingiustificato non può, per ciò solo, essere ritenuto discriminatorio.

Il primo, che consiste nella risoluzione intimata in assenza di giusta causa o giustificato motivo, rappresenta senz'altro una violazione del precetto di cui all'articolo 1 della legge n. 604/1966 ed è, in quanto tale, annullabile. Il secondo, che è invece nullo, esige un *quid pluris*, os-

⁽¹²⁾ A. VALLEBONA, *La Riforma del Lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 52.

⁽¹³⁾ Sul punto, A. VALLEBONA, *op. cit.*, 52. *Contra* M. FEZZI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*, I Quaderni di wikilabour, Milano, 2012, n. 1, 101 ss.: «c'è ancora da tenere conto del fatto che se le ragioni economiche poste a fondamento di un licenziamento risultano insussistenti, il licenziamento stesso si configura come licenziamento discriminatorio, in quanto, eliminata la causale economica, resta solo il fatto che l'impresa ha scelto di eliminare quel certo dipendente per sue caratteristiche personali non gradite: tal genere di licenziamento può sicuramente essere definito come discriminatorio».

sia la prova che, in assenza di una obiettiva ragione di licenziamento, la scelta del lavoratore da licenziare sia stata dettata da una ingiustificata differenza di trattamento che trova la propria ragion d'essere in una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge⁽¹⁴⁾.

Il giudice sarà dunque chiamato a un sindacato ben più pregnante, che non concerne il solo accertamento dell'insussistenza dei motivi formalmente fondanti l'atto di recesso, ma la verifica di una natura del licenziamento diversa da quella formalizzata, che dovrà peraltro essere puntualmente allegata e dedotta dal prestatore di lavoro⁽¹⁵⁾.

Diversamente argomentando, d'altronde, si giungerebbe a riconoscere il medesimo grado di tutela – e, conseguentemente, ad adottare sanzioni di identico rigore – in situazioni connotate da gravità e riprovevolezza non equiparabili.

Il licenziamento discriminatorio, infatti, è quello in concreto fondato su un motivo odioso, ossia sulla volontà di escludere dalla compagine aziendale un soggetto per il sol fatto di una caratteristica, un convincimento, un'attitudine, una propensione individuale che lo contraddistingue, per un puro pregiudizio di non identità e omologazione che guarda alla condizione psicofisica ovvero alla personalità complessivamente intesa dello stesso.

L'atto di recesso ingiustificato presenta più che altro le sembianze del mero arbitrio, dell'abuso del diritto che, in quanto tale, non può che essere stigmatizzato e sanzionato, ma che non pare poter assumere il grado di lesività che caratterizza, invece, la discriminazione.

⁽¹⁴⁾ Ragioni di credo politico, fede religiosa o razziali, di appartenenza a un sindacato, di partecipazione ad attività sindacali, di lingua, di sesso, di età, di handicap, o ragioni afferenti all'orientamento sessuale e alle convinzioni personali.

⁽¹⁵⁾ Vedi A. MARESCA, *op. cit.*, 438 ss.: «si deve, invece, segnalare la differenza sostanziale tra l'*iter* finalizzato a selezionare la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo [...] e la questione che il giudice dovrà affrontare nel caso in cui il lavoratore deduce la sussistenza di una natura del licenziamento diversa da quella evidenziata nella comunicazione scritta. È l'ipotesi espressamente prevista dall'ultimo periodo del c. 7 dell'art. 18 [...]. In questo caso l'onere della prova della diversa ragione che ha determinato il licenziamento grava sul lavoratore che, quindi, non solo dovrà formulare una specifica domanda dell'atto introduttivo del giudizio, ma dovrà anche offrire la prova di ciò che afferma. Tale prova, peraltro, deve essere fornita per quanto riguarda non solo la sussistenza di una diversa motivazione del licenziamento concorrente con quella formalmente adottata, ma anche che tale motivazione costituisce l'unica ragione del provvedimento espulsivo che, quindi, è stato deciso esclusivamente per finalità disciplinari o discriminatorie». Per un approfondimento sul tema dell'onere della prova, si veda anche M.T. CARINCI, *op. cit.*, 27 ss.

Si osservi, da ultimo, che la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che «il divieto di licenziamento discriminatorio – sancito dall'art. 4 della legge n. 604 del 1966, dall'art. 15 della legge n. 300 del 1970 e dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990 – è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, che costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa. In tali casi, tuttavia, è necessario dimostrare che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo»⁽¹⁶⁾.

3.2. L'illegittimità della causale soggettiva.

L'articolo 18, commi 4 e 5, dello Statuto dei lavoratori disciplina le conseguenze dell'illegittimità dei licenziamenti sorretti da una causale soggettiva, individuando due differenti forme di tutela: un'ipotesi di tutela reale con indennizzo ridotto e un'ipotesi di tutela meramente obbligatoria.

È a partire dal comma 4 che inizia a delinarsi quel nuovo sistema di tutele che si caratterizza, come da più parti osservato, per un contenimento dell'esercizio del potere discrezionale nell'ambito del sindacato giurisdizionale.

Come si avrà modo di vedere, il legislatore guida il giudice nella scelta delle diverse tipologie di sanzioni individuando, di volta in volta, specifiche ipotesi cui ricollega conseguenze di differente natura e intensità. Sotto questo profilo, è senz'altro vero che la riforma muove da una

⁽¹⁶⁾ Cass. 18 marzo 2011, n. 6282. Secondo M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., 23 ss., la nozione di licenziamento discriminatorio ha carattere meramente esemplificativo e non già tassativo, e può venire estesa sino al punto da ricomprendere qualsiasi ipotesi di licenziamento avente finalità diverse da quelle ammesse dall'ordinamento, con conseguente identificazione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato. Il dibattito circa la natura tassativa o meno dell'elenco delle fattispecie discriminatorie è ritenuto privo di rilevanza pratica da M.T. CROTTI, M. MARZIANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 222-223. Gli AA. osservano, in ogni caso, che «sembra preferibile un'interpretazione più rigorosa che leghi la nozione di discriminazione ai diritti fondamentali e permetta, di conseguenza, di considerare la tutela antidiscriminatoria in tema di licenziamento quale tutela residuale per quei casi di licenziamento, particolarmente odiosi, in cui il licenziamento si traduce in un atto lesivo della dignità del lavoratore». Di «ipotesi tassative» parlano, invece, L. TRAMONTANO, O. LA TEGOLA, *op. cit.*, 105.

considerazione tendenzialmente negativa della discrezionalità nel sindacato sulla validità dei licenziamenti ⁽¹⁷⁾ e, conseguentemente, dalla volontà di introdurre nell'ordinamento più ampi margini di certezza nell'individuazione delle possibili conseguenze dell'illegittima risoluzione del rapporto di lavoro.

Nel muovere da siffatta prospettiva, tuttavia, bisogna prestare attenzione a non incorrere nell'equivoco di ritenere che la discrezionalità sia arbitrio, così negando il significato primo e la necessità stessa dell'esercizio della funzione giurisdizionale che è quella della sussunzione di un fatto concreto alla fattispecie astratta e, conseguentemente, della valutazione della giuridica rilevanza di un determinato fatto o comportamento. Né può ritenersi, d'altronde, che questa fosse la volontà del legislatore della riforma poiché, in tal caso, la scelta non avrebbe potuto essere quella di abrogare la previsione di cui all'articolo 2106 del codice civile che impone al giudice, nei licenziamenti per motivi soggettivi, di tener conto della «gravità dell'infrazione» ⁽¹⁸⁾.

3.2.1. La tutela reale con indennizzo ridotto.

Nei casi in esame, la tutela reale con indennizzo ridotto è prevista per le sole ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili.

In queste ipotesi, il giudice annulla il licenziamento e il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*, e in ogni caso in misura non superiore a dodici mensilità (non è prevista la pena-

⁽¹⁷⁾ Vi è chi ritiene che «le imprese preferiscano avvalersi di forme contrattuali temporanee soprattutto a causa dell'ampia discrezionalità di cui gode il giudice nel determinare la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento e della conseguente incertezza delle condizioni legittimanti il recesso» (L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 233).

⁽¹⁸⁾ Di un principio di proporzionalità «connaturato al potere disciplinare» parla L. GALANTINO, *op. cit.*, 243.

le minima di cinque mensilità) e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali senza applicazione di sanzioni, in misura pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe maturata nel rapporto risolto illegittimamente e quella *medio tempore* accreditata in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.

Anche in questo caso è fatta salva la facoltà del lavoratore di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità (che non è assoggettata a contribuzione previdenziale) pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro.

Per comprendere quale sia l'ambito del sindacato giudiziale e quale lo spazio in concreto riservato a questa forma di tutela, è necessario approfondire la riflessione sulla fattispecie così come delineata dal legislatore e sul significato dei termini dallo stesso impiegati. Come anticipato, alla tutela di cui al comma 4 si accede, *in primis*, nel caso in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per insussistenza del fatto contestato. Sembra del tutto ragionevole ricondurre a questa specifica ipotesi i casi in cui il giudice accerta che il fatto non sussiste o che il lavoratore licenziato non lo ha commesso. La questione, tuttavia, merita un approfondimento.

Pare lecito affermare che, quando il legislatore richiede che sia accertata l'insussistenza del fatto nell'ambito dei licenziamenti sorretti da motivazioni di tipo soggettivo, il riferimento sia, non tanto al fatto nella sua materiale e oggettiva esistenza, ma all'inadempimento contrattuale del prestatore di lavoro e, più propriamente, al fatto considerato nella sua concreta rilevanza *disciplinare*. Se questo è il concetto cui deve farsi riferimento, la nozione di "insussistenza" non potrà che essere conseguentemente specificata, risultando necessaria la verifica, non dell'insussistenza del fatto di per sé considerato, ma di quella di un *fatto a rilevanza disciplinare*.

L'attribuzione della rilevanza disciplinare a una determinata condotta spetta in prima istanza al datore di lavoro cui è attribuita la facoltà di esercitare il potere sanzionatorio: sotto questo profilo, è la condotta datoriale a costituire parametro per l'individuazione del fatto cui astrattamente attribuire rilievo ai fini che qui interessano.

Orbene, sino ad oggi, il sindacato giurisdizionale si è mosso dalla verifica della conformità dell'operato datoriale agli obblighi di cui all'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori, ivi compreso il rispetto dei principi di specificità (esposizione chiara e puntuale dei dati e degli a-

spetti essenziali del fatto nella sua materialità) e tempestività della contestazione disciplinare.

Se è senz'altro vero che specificità e tempestività sono principi ai quali si fa riferimento nel sindacato circa la correttezza formale del procedimento disciplinare, il rinnovato impianto legislativo e l'espresso richiamo al concetto di insussistenza del fatto (da intendersi come poc'anzi precisato) inducono oggi ad approfondire la già nota riflessione, sino a valutarne i possibili riflessi sostanziali. Se il fatto ivi giuridicamente rilevante non è il solo considerato nella sua materiale esistenza, ma il fatto che abbia altresì dei riflessi disciplinari, allora dovrebbe essere possibile affermare che insussistente sia, in concreto, anche quello tardivamente o genericamente contestato.

Sotto un profilo di ordine generale, infatti, pare difficile ammettere l'esistenza di un illecito disciplinare che il datore di lavoro per primo non risulta in grado di delineare nei suoi elementi costitutivi o nella sua collocazione temporale e tale da enucleare nella sua concreta ed effettiva riprovevolezza o lesività. Ed è un rilievo, questo, che parrebbe destinato a valere tanto per l'ipotesi di genericità della motivazione, quando per l'ipotesi, estrema, di mancanza di motivazione.

Del pari, non sembra esservi spazio per riconoscere rilevanza disciplinare a una condotta che la parte datoriale non abbia ritenuto per molto tempo di contestare, così di fatto assumendo un atteggiamento inerte del tutto incompatibile e incoerente con la volontà di esercitare quei poteri sanzionatori che pure l'ordinamento gli riconosce.

In entrambi i casi, già soltanto per una piana applicazione dei principi di correttezza e buona fede, dovrebbe ritenersi preclusa *in nuce* la possibilità di individuare un fatto a rilevanza disciplinare.

La riforma Fornero contempla, poi, quale ulteriore ipotesi di tutela reale attenuata, il caso in cui il licenziamento sia stato intimato per un fatto che rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili. In proposito, paiono necessari alcuni rilievi.

Deve osservarsi, in primo luogo, che il limite in esame opera solo avuto riguardo delle condotte per le quali i contratti collettivi e i codici disciplinari contemplano una sanzione conservativa, non una sanzione espulsiva. In sostanza, è la tipizzazione favorevole al lavoratore che vincola, in principio, il datore di lavoro e, nell'eventuale fase di impugnazione, il giudice. Ciò significa che al datore è fatto divieto di intimare il licenziamento per condotte per le quali le parti sociali hanno previsto esclusivamente sanzioni di tipo conservativo e che, qualora dovesse

comunque procedere alla risoluzione del rapporto, il giudice non potrebbe che giudicarla illegittima.

Medesime riflessioni non possono essere svolte in ordine alle tipizzazioni delle ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo poiché, in assenza di un'espressa previsione legislativa, non pare possibile ritenere vincolanti i casi di licenziamento contrattualmente previsti e affermare, conseguentemente, che al giudice sia oggi negata la possibilità di giudicare comunque illegittimo un licenziamento irrogato per uno dei casi espressamente previsti dal contratto collettivo di riferimento. Per siffatte ipotesi, d'altronde, il referente normativo è rappresentato dalla previsione di cui all'articolo 30, comma 3, legge n. 183/2010 che impone al giudice di «tener conto» delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro, così come degli elementi e dei parametri fissati da tali contratti.

La diversa portata precettiva delle norme in commento è di immediata evidenza: ai sensi dell'articolo 18, comma 4, della legge n. 300/1970 *non può aversi* un licenziamento per giusta causa se il fatto rientra tra le condotte contrattualmente punibili con una sanzione conservativa; ai sensi dell'articolo 30, comma 3, della legge n. 183/2010, nella valutazione circa la sussistenza di un'ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo, il giudice è chiamato a *considerare* le tipizzazioni e i parametri di cui alla contrattazione collettiva.

Nel primo caso, dunque, non vi sarà alcun margine di discrezionalità e il licenziamento non potrà che risultare illegittimo; nel secondo caso, il giudicante potrà anche discostarsi dalla tipizzazione pattizia, a condizione di adeguatamente motivare le ragioni dell'eventuale scostamento dalle previsioni contrattuali. È molto probabilmente in questa prospettiva che l'applicazione del principio di proporzionalità conoscerà riflessi di particolare interesse, ossia nell'ambito della valutazione circa la riconducibilità o meno di un caso concreto alle ipotesi di giusta causa o giustificato motivo soggettivo contemplate dalla contrattazione collettiva.

È una questione la cui importanza risulta di immediata percezione se solo si riflette sulla possibilità che un datore di lavoro possa cercare di risolvere immotivatamente un rapporto di lavoro contestando al dipendente un fatto, esistente nella sua dimensione materiale e formalmente contemplato quale motivo di risoluzione dal contratto collettivo, ma di assoluta tenuità o comunque privo di una sostanziale rilevanza discipli-

nare (il furto di un foglio di carta, il ritardo di pochi minuti) ⁽¹⁹⁾. In casi di questo genere, un approccio di tipo puramente formalista potrebbe portare a escludere l'applicazione della previsione di cui al rinnovato articolo 18, comma 4, della legge n. 300/1970.

Radicalmente diverse risultano, invece, le conseguenze astrattamente ammissibili ove si adotti una prospettiva sostanzialista, concentrata sul fatto e sulla necessità della rilevanza giuridica dello stesso, non potendosi in tal modo che concludere per l'irrilevanza, *rectius*, l'insussistenza del fatto "bagatellare" o palesemente pretestuoso ⁽²⁰⁾.

D'altronde, come taluni Autori hanno opportunamente osservato, se il fatto contestato è vero, ma è *manifestamente* insufficiente a giustificare il licenziamento, ricorre un'ipotesi di frode alla legge, ossia di un tentativo di eludere l'applicazione della tutela reale prevista per il caso di insussistenza del fatto. In situazioni simili, la tutela dovrebbe essere quella di cui all'articolo 18, comma 4, e non dell'articolo 18, comma 1, poiché quest'ultimo non contempla espressamente l'ipotesi dell'elusione ⁽²¹⁾, anche se potrebbero esservi margini per riflettere in punto di motivo illecito determinante.

Deve escludersi, poi, che il nuovo impianto legislativo e il richiamo alla contrattazione collettiva possano precludere al giudice del lavoro di ritenere sussistente la giusta causa di licenziamento a fronte di una condotta non contemplata dagli accordi sindacali. Rammenta la Suprema Corte di Cassazione che «giusta causa di licenziamento e proporzionalità della sanzione disciplinare sono nozioni che la legge, allo scopo di adeguare le norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cosiddette clausole generali, di limitato contenuto e delineanti un modulo

⁽¹⁹⁾ Vi è chi ritiene di ricondurre siffatte ipotesi alla fattispecie di cui al comma 5: «è ragionevole sostenere che il 5° comma dell'art. 18 faccia riferimento a quei comportamenti che astrattamente rientrano nei casi previsti dai contratti collettivi come legittimanti il licenziamento ovvero sono contrari agli obblighi fondamentali connessi al rapporto di lavoro o al cosiddetto minimo etico, ma vengono valutati dal giudice come inadeguati a rivestire il quoziente di gravità richiesto dalla fattispecie: ad esempio, un furto di beni di modico valore, un danno prodotto per negligenza, un'assenza ingiustificata», così L. GALANTINO, *op. cit.*, 242.

⁽²⁰⁾ «Dunque, in caso di inesistenza dell'addebito o di sproporzionalità "assoluta" perché conclamata dalle fonti indicate dalla norma tra fatto contestato e sanzione irrogata, il giudice necessariamente dovrà condannare il datore di lavoro alla sanzione reintegratoria già prevista in passato, sì che è lecito concludere che per tali due profili di illegittimità la disciplina sanzionatoria è rimasta del tutto immutata», così A. ZAMBELLI, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012, 1, 113.

⁽²¹⁾ Sul punto, A. VALLEBONA, *op. cit.*, 57.

generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è, quindi, deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, ovvero a far sussistere la proporzionalità tra infrazione e sanzione, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici. Pertanto, l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 o all'art. 2106 cod. civ., che dettano tipiche "norme elastiche", non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca»⁽²²⁾.

Si osservi, inoltre, che non potrà non trovare applicazione il principio di proporzionalità ogniqualvolta il datore di lavoro avrà intimato il licenziamento a seguito della contestazione di una pluralità di infrazioni. Sotto questo profilo, sarà senz'altro opportuno che la parte datoriale provveda a precisare se alle diverse condotte è stato attribuito rilievo congiunto o disgiunto. Tuttavia, non paiono condivisibili le riflessioni di quanti hanno affermato che «la norma ignora il fatto che possono giustificare un licenziamento una pluralità di circostanze e non è chiaro se l'insussistenza debba riguardare tutti i fatti che hanno condotto il datore di lavoro alla formulazione del recesso, per integrare la fattispecie ed accedere alla relativa tutela, ovvero se debbano avere tale caratteristica solo i fatti principali»⁽²³⁾.

La critica non pare cogliere il segno poiché oggi, come in passato, il giudice è chiamato a sindacare la sussistenza di quello specifico fatto – semplice o complesso che sia – che il datore di lavoro ha posto a giustificazione del licenziamento, e non v'è ragione per ritenere che la distinzione tra fatti principali e accessori possa assumere a seguito della

⁽²²⁾ Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144.

⁽²³⁾ Così, A. TURSI, P.C. VINCENTI, B. RAIMO, *op. cit.*, 83.

riforma un rilievo differente, né che l'accertamento della sussistenza di una parte soltanto degli episodi complessivamente considerati possa portare a un diverso esito del sindacato di legittimità.

Invero, nella lettera della rinnovata disciplina non si rinviene elemento alcuno che induca a discostarsi dal principio secondo cui «l'insussistenza di alcuni dei fatti contestati in sede di irrogazione della sanzione da parte del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere disciplinare non preclude al giudice di merito la possibilità di ritenere ugualmente giustificato il recesso, posto che non rileva il giudizio attribuito dal datore di lavoro circa la gravità dei fatti posti a fondamento della sua volontà di risolvere il rapporto con il lavoratore inadempiente spettando al giudice di merito l'apprezzamento della legittimità e congruità della sanzione applicata, apprezzamento che, se sorretto da adeguata e logica motivazione, si sottrae a censure in sede di legittimità»⁽²⁴⁾. Dunque, «i motivi comunicati possono essere plurimi ed in tal caso la giustificazione del licenziamento può risultare dalla fondatezza anche di uno solo di essi»⁽²⁵⁾.

Si evidenzia, da ultimo, che il richiamo alle condotte punibili con sanzione conservativa non è, comunque, scevro di incognite poiché le previsioni della contrattazione collettiva sono generalmente esemplificative, non tassative, e contemplano nella maggior parte dei casi clausole aperte o in bianco⁽²⁶⁾.

Lungi dal costituire una precisa tipizzazione delle condotte punibili con sanzioni conservative, i contratti collettivi circoscrivono un ambito: i limiti esterni entro i quali viene demandato all'interprete il compito di operare la valutazione circa l'eventuale affinità od omogeneità di una determinata condotta rispetto ai casi ivi espressamente contemplati.

Deve escludersi, in ogni caso, che l'effetto della previsione in esame sia quella di eliminare *a priori* lo spazio per quel sindacato in concreto che è, d'altronde, la funzione prima della tutela giurisdizionale.

⁽²⁴⁾ Cass. 26 luglio 2010, n. 17514.

⁽²⁵⁾ Così, A. VALLEBONA, *op. cit.*, 42. Vedi anche Cass. 14 gennaio 2003, n. 454; Cass. 2 febbraio 2009, n. 2579; Cass. 25 gennaio 2012, n. 1062.

⁽²⁶⁾ Osserva la dottrina che «sino ad oggi, infatti, le tipizzazioni contenute nei contratti collettivi sono state sempre considerate una mera esemplificazione dei comportamenti disciplinarmente rilevanti, senza carattere di esaustività né pretesa di tassatività o cogenza, essendo il giudice libero di avvalersi, o meno, delle indicazioni della contrattazione collettiva quale possibile criterio di riferimento nelle fattispecie poste al suo vaglio decisorio», così A. ZAMBELLI, *op. cit.*, 115. Vedi anche L. GALANTINO, *op. cit.*, 241: «tuttavia si può rilevare che le previsioni – o per meglio dire le “tipizzazioni” delle sanzioni conservative poste in essere dai contratti collettivi non sono sempre ben identificabili o comunque lasciano spazio ad interpretazioni estensive o analogiche».

Alla luce di quanto sin qui considerato, pare comunque possibile affermare che il nuovo impianto dell'articolo 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori ha sia la funzione che l'effetto di *disciplinare* l'esercizio della discrezionalità nel sindacato giurisdizionale, imponendo la considerazione di una serie di elementi legislativamente e contrattualmente individuati che non potranno che rappresentare, per il giudice, passaggi imprescindibili della ragione del decidere e degli obblighi del motivare.

3.2.2. La tutela obbligatoria.

La riforma prevede poi, all'articolo 18, comma 5, legge n. 300/1970, la sola tutela obbligatoria per le «altre ipotesi» in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro. In tal caso, il rapporto di lavoro viene dichiarato risolto e il lavoratore ha diritto al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Alla commisurazione in concreto dell'indennità risarcitoria l'organo giudicante dovrà pervenire tenendo conto, e adeguatamente motivando, in ordine all'anzianità del lavoratore, al numero di dipendenti occupati, alle dimensioni dell'attività economica, al comportamento e alle condizioni delle parti.

Poiché il rapporto è risolto, non soltanto non è previsto alcun versamento contributivo, ma l'indennità è, così come definita dallo stesso legislatore, onnicomprensiva: essa svolge, in sostanza, una funzione sia risarcitoria che sanzionatoria poiché prescinde dall'effettiva esistenza di un danno, che potrebbe addirittura essere inesistente nell'ipotesi in cui il lavoratore dovesse aver reperito immediatamente un nuovo posto di lavoro.

L'indennità in commento assorbe il risarcimento di tutti gli eventuali danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti al licenziamento, dovendosi ritenere escluso il solo risarcimento dei danni causati da atti diversi dalla risoluzione di per sé considerata come, ad esempio, i danni derivanti dal licenziamento ingiurioso.

La delimitazione dell'ambito di operatività della previsione in commento non può che muovere da un confronto con la fattispecie di cui all'articolo 18, comma 4, della legge n. 300/1970 in quanto, tenuto conto del tenore letterale che le è proprio, sembrerebbe a tutti gli effetti porsi in rapporto di residualità rispetto alla norma che la precede.

Le riflessioni poc' anzi svolte inducono ad affermare che la disposizione di cui al comma 4 si contraddistingue per la centralità del fatto oggetto di contestazione, ossia dell'inadempimento del prestatore o di quell'evento a rilevanza disciplinare che spinge il datore di lavoro all'esercizio del potere sanzionatorio.

Nell'ambito dei licenziamenti per motivi soggettivi, tuttavia, la legittimità o illegittimità della risoluzione datoriale dipende anche dalla considerazione di elementi ulteriori, esterni al fatto di per sé considerato, ma comunque oltremodo rilevanti ⁽²⁷⁾. Ci si riferisce, segnatamente, a tutti quegli aspetti che compongono la valutazione prognostica propriamente intesa e che consentono di concludere positivamente o negativamente l'indagine circa la possibilità per il prestatore di lavoro di tenere una condotta conforme agli obblighi di legge e di contratto: eventuali precedenti disciplinari, recidiva, circostanze proprie del fatto in esame, anzianità del lavoratore, ruolo e responsabilità allo stesso attribuiti, affidamento dallo stesso maturato nell'ambito dell'organizzazione aziendale. Si tratta in sostanza di quegli elementi che, pur in presenza del fatto oggetto di contestazione, possono comunque portare il giudicante a ritenere che non ricorrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro e a concludere, conseguentemente, per l'illegittimità del licenziamento.

L'insussistenza del fatto è presupposto che attiene esclusivamente all'evento in contestazione. Gli elementi di cui si discute concernono, invece, il rapporto di lavoro complessivamente considerato: non attengono al motivo primo del licenziamento, ma sono presupposti necessari di quel sindacato che, anche sotto il profilo della proporzionalità, il giudice è chiamato a operare.

Rammenta la Suprema Corte che «per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed in particolare di quello fiduciario e la cui prova incombe sul datore di lavoro, occorre valutare da un lato la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la

⁽²⁷⁾ Si osservi che questa «scomposizione di due delle tipizzazioni delle ragioni del licenziamento (giustificato motivo soggettivo e oggettivo) in altrettante sottopotesi, ognuna fornita di diverse conseguenze sanzionatorie», è stata oggetto di critiche oltremodo accese. Per un approfondimento, C. CESTER, *op. cit.*, 863.

sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare; la valutazione della gravità dell'infrazione e della sua idoneità ad integrare giusta causa di licenziamento si risolve in un apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito ed incensurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato»⁽²⁸⁾.

Tuttavia, poiché nelle ipotesi in esame il fatto contestato sussiste ed è stato posto in essere dal lavoratore (altrimenti, è ovvio che il referente normativo sarebbe quello di cui al comma 4), il legislatore ha ritenuto di garantire a quest'ultimo una tutela di diversa natura, che non ammette più la reintegrazione nel posto di lavoro, ma consente solo di conseguire un'indennità risarcitoria onnicomprensiva.

3.3. Il licenziamento per motivi oggettivi illegittimo.

L'articolo 18, comma 7, dello Statuto dei lavoratori disciplina le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento fondato su ragioni oggettive, distinguendo anche in questo caso ipotesi che ammettono la tutela reale "debole" e ipotesi che contemplano la mera tutela obbligatoria.

Prima di procedere all'analisi delle specifiche ipotesi previste dal legislatore, giova rammentare che il sindacato del giudice del lavoro conosce qui un primo e fondamentale limite nell'articolo 30, comma 1, della legge n. 183/2010, così come modificato dalla legge n. 92/2012, che espressamente stabilisce che «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente», prevedendo altresì che «l'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, 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».

La previsione in esame rappresenta null'altro se non una declinazione espressa del principio di cui all'articolo 41 della Costituzione.

Nei limiti delineati dal principio della libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'ordinamento costituzionale, il controllo del giudice sulla legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo

⁽²⁸⁾ Cass. 3 gennaio 2011, n. 35.

attiene fundamentalmente all'esigenza, oggi come ieri, di verificare l'esistenza del motivo e la sussistenza del nesso di causalità tra le ragioni addotte a giustificazione del recesso e il recesso medesimo. Più nello specifico, non sono sindacabili le scelte gestionali e organizzative del datore di lavoro, ma può e deve essere verificata in concreto, ove contestata, la loro esistenza e la sussistenza di un nesso causale tra quelle determinazioni e il licenziamento.

3.3.1. La tutela reale con indennizzo ridotto.

Così individuato il primo e fondamentale limite al sindacato giurisdizionale in materia di licenziamenti per motivi economici, si rileva che il legislatore ha limitato le ipotesi di tutela reale ai casi in cui il difetto di giustificazione si presenta quale errata valutazione dell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, errata valutazione del superamento del periodo di comporto, o manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Delle tre ipotesi, quella destinata a dare spazio al più acceso dibattito è senz'altro la terza, soprattutto in considerazione del peculiare tenore letterale che la contraddistingue: esigere che l'insussistenza del fatto sia *manifesta* non pare specificazione necessaria, atteso che un fatto o sussiste o non sussiste⁽²⁹⁾.

Alcuni commentatori hanno ritenuto di collegare la previsione normativa all'attività istruttoria⁽³⁰⁾, limitando l'ipotesi di reintegrazione ai soli casi in cui il giudice sia in grado di vagliare l'insussistenza del fatto "allo stato degli atti", ossia senza compiere alcun ulteriore accertamento, così riconducendo alla sola tutela indennitaria tutte le altre ipotesi: «verrebbe da dire *ictu oculi* inesistente, vuoi perché contrario a risul-

⁽²⁹⁾ Si veda, sul punto, M.T. CARINCI, *op. cit.*, 27. Si veda anche, F. POTÌ, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, in P. STERN (a cura di), *Licenziamenti, articolo 18, conciliazioni e rito speciale*, Maggioli, Ravenna, 2012, 30 ss.

⁽³⁰⁾ Così, F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *op. cit.*, 88: «Il fatto poi che, ai fini della decisione di reintegrare, l'insussistenza del fatto debba risultare "manifesta", deve probabilmente ricondursi non tanto al giudizio del licenziamento (poiché sul punto, come si è detto, il fatto o è o non è), ma proprio al terreno del suo accertamento giudiziario, e dunque a quello della valutazione delle allegazioni e delle prove, se non a quello del convincimento del giudice. Solo su questo piano, infatti, una circostanza di fatto può ritenersi più o meno apparente o manifesta, e solo su questo piano, forse, dovrà giocarsi anche la decisione giudiziaria, in caso di accertamento di un vizio di fatto, tra la tutela reintegratoria e quella meramente indennitaria».

tanze documentali vuoi perché radicalmente smentito da circostanze di fatto di immediata percezione»⁽³¹⁾.

Un simile orientamento non pare condivisibile. Anche in funzione della garanzia di quella certezza del diritto tanto ambita, alla rilevanza del fatto non può che essere attribuito un connotato puramente oggettivo, e non pare ammissibile un sistema di tutele condizionato dalle determinazioni istruttorie che ciascun giudice ritenga di adottare.

Diversamente argomentando si giungerebbe ad attribuire, come puntualmente osservato da taluni Autori, un'assoluta discrezionalità all'organo giudicante nella scelta tra tutela reintegratoria e tutela risarcitoria proprio nell'ambito di quei licenziamenti – dettati da motivi economici – la cui regolamentazione ha rappresentato, se non il motore primo, quantomeno il manifesto dichiarato della riforma⁽³²⁾. Sicché, alla previsione normativa in commento non sembrerebbe possibile attribuire altro senso se non quello che le è proprio, per quanto inutilmente rafforzato: nell'ambito dei licenziamenti per motivi oggettivi, la reintegrazione potrà avere luogo solo nell'ipotesi in cui dovesse essere accertata l'insussistenza del motivo oggettivo addotto dal datore di lavoro⁽³³⁾. Dunque, nei casi in cui il giudice dovesse accertare che non vi è stata soppressione della posizione lavorativa, che non si è proceduto alla redistribuzione delle mansioni, che non vi è stata alcuna esternalizzazione dell'attività, che non vi è stata la riorganizzazione della struttura aziendale, e così via; ancora, che non vi è alcun nesso di causalità tra siffatte evenienze e la posizione lavorativa in concreto colpita dal provvedimento espulsivo⁽³⁴⁾.

Anche nell'ambito dei licenziamenti per motivi economici od organizzativi sembrerebbe esservi spazio per riconoscere un precipitato sostanziale alla violazione del principio di specificità e al vizio di carenza di motivazione: arduo pare infatti il sindacato su un motivo di risoluzione che il datore di lavoro non ha indicato, o non risulta comunque in grado di definire adeguatamente.

Sicché, non pare allo stato condivisibile quella dottrina che afferma che risulterebbe oggi meno costoso licenziare un lavoratore senza giustificazione: l'assenza di giustificazione altro non è se non l'insussistenza del fatto addotto quale ragione della risoluzione del rapporto e, come

⁽³¹⁾ A. ZAMBELLI, *op. cit.*, 116.

⁽³²⁾ Al riguardo, si veda T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 32.

⁽³³⁾ In proposito, M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 264 ss.

⁽³⁴⁾ Sul punto, si veda L. GALANTINO, *op. cit.*, 248.

tale, essa non potrebbe che comportare la reintegrazione nel posto di lavoro.

Le riflessioni di cui si discute, ovviamente, potranno avere accesso al giudizio solo nei casi in cui il lavoratore non si limiterà a dolersi della mera carenza di motivazione, ma altresì dell'insussistenza del giustificato motivo di licenziamento. In tal caso, infatti, l'onere della prova circa la sussistenza di una legittima ragione di risoluzione del rapporto – incombente sulla sola parte datoriale – difficilmente potrebbe essere soddisfatto, poiché il datore di lavoro è vincolato dalle ragioni invocate a giustificazione del recesso e cristallizzate nella lettera di licenziamento, dovendosi ritenere assolutamente preclusa la possibilità di una successiva modifica o integrazione delle stesse⁽³⁵⁾. Il tutto, come si è già avuto modo di osservare, fermo il divieto di sindacato sul merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive della parte datoriale.

Si osservi peraltro che il giudice, mentre ai sensi del comma 4 *deve condannare* il datore di lavoro alla reintegrazione e al pagamento dell'indennità risarcitoria, ai sensi del comma 7 «può altresì applicare» la disciplina in esame ove accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Al diverso tenore letterale non sembra possibile riconoscere alcun peculiare rilievo.

A prima vista la norma indurrebbe a ritenere che, nell'ambito dei licenziamenti per motivi oggettivi, la reintegrazione sia stata rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante. Una simile impostazione, tuttavia, non sembra coerente con l'impianto di una riforma che ha, tra le sue finalità dichiarate, anche quella di definire tassativamente le ipotesi di reintegrazione e che pare avervi provveduto facendo propria una prospettiva prettamente oggettiva, che condiziona la possibilità di accesso alla tutela reale alla sussistenza o insussistenza del *fatto* posto a giustificazione del licenziamento⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ In questo senso, M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf, 2012, 21: «secondo una diversa e preferibile interpretazione, invece, si può ritenere che il licenziamento intimato senza contestazione disciplinare o indicazione dei motivi continua, come in passato, ad essere considerato come ingiustificato ed è sanzionato con la reintegrazione ad effetti risarcitori limitati». *Contra*, F. CARINCI, *Il licenziamento inefficace per la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 10, 871, secondo cui «la motivazione del licenziamento può ben essere dichiarata in sede di costituzione, senza che sia possibile ecciperne la tardività, perché questa è assorbita e coperta dalla prevista inefficacia».

⁽³⁶⁾ *Contra*, A. VALLEBONA, *op. cit.*, 59: «emerge, così, con chiarezza, anche in base alla nota storia interna della nuova legge, che nell'ipotesi di ingiustificatazza del licenziamento per motivo oggettivo la tutela reale è un'*extrema ratio*, affidata a un duplice e concorrente vaglio giudiziale, da effettuare con lealtà e fedeltà alla *ratio* della

Adottando l'opposto orientamento, si giungerebbe ad affermare che «la reintegrazione dovrebbe essere limitata ai casi di assoluta pretestuosità del recesso. Tanto più che, anche in caso di manifesta insussistenza del fatto, il giudice “può” (non deve) reintegrare. Il che sembra lasciare spazio, in questa particolare fattispecie, anche a considerazioni di opportunità circa la ricostruzione del rapporto da parte del giudice»⁽³⁷⁾. Senonché, così argomentando, non residuerebbe spazio alcuno alla previsione di cui alla seconda parte dell'articolo 18, comma 7, che espressamente prevede la sola tutela obbligatoria per le ipotesi in cui si accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo⁽³⁸⁾.

3.3.2. La tutela obbligatoria.

Trova applicazione la previsione di cui all'articolo 18, comma 5, della legge n. 300/1970 per le «altre ipotesi» in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo.

In tal caso, il rapporto di lavoro viene dichiarato risolto e il lavoratore ha diritto al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto da commisurarsi tenuto conto, non solo dell'anzianità del lavoratore, del numero di dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, ma anche delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura preventiva disciplinata dal rinnovato articolo 7 della legge n. 604/1966.

Così come per il licenziamento intimato per motivi soggettivi, anche questa ipotesi sembrerebbe porsi in rapporto di residualità rispetto a quella contemplata dalla prima parte del comma 7.

Il giudice, in sostanza, dovrebbe concludere per la sola tutela obbligatoria, pur avendo accertato la sussistenza del motivo oggettivo addotto dalla parte datoriale a giustificazione della risoluzione del rapporto di

riforma». Vedi anche T. TREU, *op. cit.*, 34; M. FERRARESI, *op. cit.*, 265-266. Medesimo orientamento è quello di A. BOTTINI, F. TOFFOLETTO, *Reintegro limitato a fatti manifestamente insussistenti*, in M.C. DE CESARI, F. MICARDI (a cura di), *op. cit.*, 63.

⁽³⁷⁾ A. BOTTINI, F. TOFFOLETTO, *Reintegro limitato a fatti manifestamente insussistenti*, cit., 63.

⁽³⁸⁾ Si veda anche A. TOPO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento per la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 10, 884 ss.

lavoro, per aver verificato la sussistenza di ragioni di illegittimità esterne al fatto di per sé considerato.

La compiuta definizione della fattispecie in esame è senz'altro destinata a dar luogo a un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Allo stato, l'adozione della prospettiva oggettiva sin qui delineata, ossia di un approccio rigidamente ancorato al *fatto* (che, per i licenziamenti per motivi oggettivi, non può che essere l'evento economico, produttivo od organizzativo che ha giustificato la risoluzione del rapporto), induce a individuare tra siffatte ipotesi la violazione dei principi di correttezza e buona fede nella selezione del lavoratore da licenziare tra più posizioni fungibili, o la violazione dell'obbligo di *repêchage*. Quello del *repêchage*, d'altronde, che rappresenta senz'altro uno degli aspetti di maggiore interesse, è un obbligo che sorge quale conseguenza della sussistenza del fatto posto a giustificazione del licenziamento: un datore di lavoro è obbligato ad adibire il lavoratore licenziato ad altre mansioni reperibili in azienda solo ove la ragione addotta a giustificazione del licenziamento effettivamente sussista e risulti causalmente connessa alla posizione lavorativa coinvolta. Si tratta, quindi, di un aspetto conseguente e successivo alla vicenda fondante il licenziamento di per sé considerato ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Sul punto, si veda L. GALANTINO, *op. cit.*, 250: «al giudice viene dunque chiesta una valutazione su una componente specifica del giustificato motivo oggettivo – la sussistenza o meno del fatto o comunque del nesso causale fra fatto e licenziamento – e non su quell'ulteriore elemento della fattispecie del giustificato motivo oggettivo, che si configura come obbligo di *repêchage*. La valutazione di quest'ultimo profilo rientra “nelle altre ipotesi” in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del “giustificato motivo oggettivo” e dunque nell'area risarcitoria». *Contra*, F. SCARPELLI, *op. cit.*, 88: «Dunque, qualora il giudice accerti l'insussistenza della situazione indicata dal datore di lavoro, la non verità o non effettività della ragione economica addotta o dell'operazione organizzativa che viene affermata alla fonte del recesso, la non consistenza della stessa o l'inidoneità a giustificare, in termini di causalità (e dunque ancora di fatto), le affermate ricadute sulla posizione del lavoratore, dovrà ritenersi la “insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”, con possibile applicazione della tutela reintegratoria. La stessa cosa deve dirsi per quel che riguarda il c.d. obbligo di *repêchage*, ovvero di ricollocamento del lavoratore su altre mansioni o in un altro settore, poiché anch'esso è un elemento di fatto idoneo a confermare (o smentire) l'effettività della condizione che fa venire meno l'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto di lavoro». *Contra*, anche M.T. CARINCI, *op. cit.*, 26: «i tre aspetti attraverso i quali si articola il controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di tipo economico – la modifica organizzativa effettiva, il nesso causale fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore e il c.d. obbligo di *repêchage* – altro non sono che angoli visuali da cui riguardare l'unitario ed indivisibile interesse tecnico-organizzativo del datore a modificare l'organizzazione esistente. Dunque, il giustificato motivo oggettivo di tipo economico o ricorre – in quanto connotato da tut-

3.4. Le violazioni delle regole procedurali e la tutela obbligatoria ridotta.

Al comma 6 dell'articolo 18, il legislatore disciplina oggi le conseguenze del licenziamento dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604/1966, per violazione della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300/1970 e per violazione della procedura preventiva di cui all'articolo 7 della legge n. 604/1966.

Anche per tali ipotesi è prevista la sola tutela obbligatoria, seppur ridotta a un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, da commisurarsi in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, con onere di specifica motivazione al riguardo.

La norma non contempla espressamente le violazioni delle procedure eventualmente previste dalla contrattazione collettiva. Sotto questo profilo, tuttavia, non può non riflettersi sul fatto che le procedure contrattuali partecipano della stessa natura di quelle legali e, conseguentemente, debbono ragionevolmente ritenersi ricomprese nella previsione in esame, così che alla violazione delle stesse potranno conseguire le medesime sanzioni di cui sopra.

La disposizione si pone quale chiaro indizio della scelta del legislatore di attribuire un rilievo marginale a quelle violazioni di carattere formale che un tempo erano oggetto primo delle contestazioni mosse nei giudizi di impugnazione e che risultavano del tutto sufficienti, ove sussistenti, a consentire la reintegrazione nel posto di lavoro.

Autonomamente considerato, l'articolo 18, comma 6, della legge n. 300/1970 non potrebbe che sollevare molteplici perplessità⁽⁴⁰⁾, soprattutto tenuto conto delle potenziali ripercussioni della violazione delle procedure ivi contemplate (la violazione della procedura di cui all'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori, ad esempio, ha un riflesso immediato e diretto sull'esercizio del diritto di difesa del lavoratore).

L'effettiva portata della novella legislativa, tuttavia, deve essere valutata tenuto conto del complessivo impianto del rinnovato articolo 18, ossia di un sistema – è questo il pregiudizio che ci accompagna – caratterizzato da una vera e propria graduazione delle ipotesi di illegittimità e

ti gli aspetti che lo caratterizzano – o non ricorre affatto, con la conseguenza che il licenziamento o è discriminatorio con conseguente applicazione della “tutela reintegratoria piena” oppure è connotato da una causa lecita qualitativamente diversa, positivamente ammessa dal sistema, con le conseguenze che verranno subito descritte».

⁽⁴⁰⁾ Vedi L. GALANTINO, *op. cit.*, 255; A. MARESCA, *op. cit.*, 438 ss.

delle conseguenti sanzioni, che risultano di fatto contraddistinte da un rapporto di progressiva residualità.

D'altronde, proprio l'ultima parte del comma 6 rammenta al giudice che a tale forma di tutela non si ricorre in tutte le ipotesi in cui, sulla base della domanda del lavoratore (senz'altro gravato, sotto questo profilo, di uno specifico onere di contestazione), sia accertato anche un difetto di giustificazione del licenziamento che comporti, in quanto tale, l'applicazione delle tutele previste dai commi 4, 5 e 7 ⁽⁴¹⁾. È lo stesso legislatore, dunque, a prevedere espressamente il rinvio dalla tutela "debole" alla tutela "forte" per tutte le ipotesi in cui il recesso dovesse comunque risultare viziato da un difetto di *giustificazione sostanziale* ⁽⁴²⁾.

Quanto appena osservato potrebbe, forse, attenuare i timori di quanti hanno sostenuto che «la scelta di far dipendere il nuovo e variegato apparato sanzionatorio dalle diverse ragioni del licenziamento, da taluno salutata come novità positiva, è stata per lo più oggetto di forti critiche, perché in tal modo – si dice – il datore di lavoro potrebbe scegliere il terreno e le armi della contesa, optando per la motivazione a sé più conveniente, quella cioè per la quale, in caso di illegittimità, sia prevista la sanzione più morbida. Ne deriverebbe la possibilità, per il datore di lavoro, di accedere ad un'area di libera recedibilità sanzionata solo economicamente "grazie a un fatto proprio"» ⁽⁴³⁾.

4. Brevi riflessioni conclusive.

Quanto precede consente senz'altro di confermare che il giudice deve oggi operare una valutazione a due fasi: accertare l'eventuale illegittimità del licenziamento, prima; individuare il regime sanzionatorio applicabile, poi.

Si tratta di una valutazione che pare destinata a poggiare sull'accertamento dei medesimi fatti (causale del licenziamento e ulteriori elementi intrinseci al rapporto) il cui onere della prova grava sem-

⁽⁴¹⁾ Di domanda «semplice» (ristretta alla sola violazione della procedura e della motivazione) e domanda «doppia» (estesa all'assenza della giusta causa o del giustificato motivo) parla F. CARINCI, *op. cit.*, 869, osservando che, «tenuto conto della regola dell'immodificabilità della domanda, sarà buona cura impugnare subito "forma" e "sostanza" del licenziamento».

⁽⁴²⁾ Sul punto, vedi A. ZAMBELLI, *op. cit.*, 114.

⁽⁴³⁾ C. CONSOLO, D. RIZZATO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *CG*, 2012, 730, citati da C. CESTER, *op. cit.*, 862.

pre e comunque sul datore di lavoro chiamato, *ex* articolo 5 della legge n. 604/1966, a dimostrare la correttezza formale e sostanziale – *rectius*, sostanziale e poi formale – del proprio operato ⁽⁴⁴⁾.

Dall'esame delle diverse fattispecie introdotte dalla riforma Fornero, inoltre, emerge che il lavoratore potrà accedere alla reintegrazione soltanto a fronte dell'assoluta pretestuosità del licenziamento, ovvero nell'ipotesi in cui il fatto così come allegato dalla parte datoriale risulti inesistente o riconducibile (per i casi di licenziamento per motivi soggettivi) a un'ipotesi di applicazione di sanzioni conservative.

È all'insussistenza del fatto, o comunque all'insussistenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, che l'ordinamento ricollega oggi le forme di tutela (reale od obbligatoria) maggiormente incisive, e sono questi presupposti che il giudice potrà sempre e comunque essere chiamato a valutare dal lavoratore che ne formuli la relativa domanda.

Dall'entrata in vigore della riforma è senz'altro preclusa la reintegrazione di dipendenti responsabili di condotte di particolare gravità, non essendo più sufficiente a tal fine il mero vizio formale ⁽⁴⁵⁾. La tutela obbligatoria “debole”, in ogni caso, pare destinata a conoscere un'applicazione residuale: circoscritta a quelle ipotesi in cui sia accertata, tanto la sussistenza del fatto e la commissione dello stesso da parte del lavoratore licenziato, quanto la ricorrenza della giusta causa o del giustificato motivo. Del pari, preclusa deve altresì ritenersi la reintegrazione del lavoratore licenziato per motivi economici e/od organizzativi la cui sussistenza sia positivamente accertata.

Alla luce di quanto sin qui osservato, l'effetto del nuovo impianto legislativo parrebbe essere, non tanto quello di una contrazione delle tutele del lavoratore, quanto piuttosto di un ribaltamento della prospettiva di tutela, con l'attribuzione di un vero e proprio primato alle questioni di natura sostanziale ⁽⁴⁶⁾, e con l'adozione di un nuovo approccio nel sin-

⁽⁴⁴⁾ Per un approfondimento, A. MARESCA, *op. cit.*, 438 ss.; F. SANTINI, *op. cit.*, 236 ss.

⁽⁴⁵⁾ Vi è chi osserva, in proposito, che «viene in tal modo posta la parola fine ad una situazione in cui un vizio formale anche lieve poteva essere sanzionato alla pari di una discriminazione e viene al contempo ridotto il differenziale di tutela rispetto ai lavoratori delle imprese medio-piccole, in coerenza con l'obiettivo dichiarato di ridurre il dualismo tra iperprotetti e sottoprotetti», così G. PELLACANI, *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, cit., 8.

⁽⁴⁶⁾ Osserva C. CESTER, *op. cit.*, 863, che «un'altra caratteristica peculiare della nuova normativa, sempre nell'ambito della rilevanza delle ragioni del licenziamento (ivi compresa l'ulteriore articolazione interna di cui si è detto), sta nell'aver graduato le conseguenze sanzionatorie in relazione allo spessore della illegittimità, intesa peraltro

dacato giurisdizionale volto, non più soltanto alla verifica del disvalore della condotta del prestatore di lavoro, ma altresì del concreto atteggiarsi della condotta datoriale.

D'altronde, ragionando in punto di licenziamenti per motivi soggettivi, risulta di immediata percezione la differenza tra il caso in cui il datore intima il licenziamento per ragioni ritorsive, o comunque adducendo un motivo inesistente, e il caso in cui risolve il rapporto di lavoro per la commissione di una grave infrazione o di un rilevante inadempimento, incorrendo in un mero errore procedurale ⁽⁴⁷⁾.

Del pari, obiettivamente diversa risulta la riprovevolezza del comportamento di quel datore che abbia addotto un motivo inesistente al solo fine di escludere un determinato prestatore dalla compagine aziendale, e quello della parte datoriale che – avendo effettivamente operato una modifica nell'assetto aziendale per motivi economici o prettamente organizzativi – abbia poi mancato di valutarne adeguatamente le conseguenze su uno specifico rapporto.

Ebbene, queste differenze sono quelle cui il legislatore sembrerebbe aver voluto attribuire rilevanza nel nuovo impianto legislativo, delineando un sistema di tutele articolato e complesso costruito su fattispecie sanzionatorie a intensità decrescente e rilevanza residuale. Un sistema che, nel dare preminenza alla sostanza sulla forma, avrà probabilmente il pregio di consentire al giudice la ricerca di un sostanziale equilibrio nella regolamentazione di interessi, senz'altro contrapposti, ma di pari rango costituzionale.

soprattutto come illegittimità dal punto di vista sostanziale: a parte il caso del licenziamento orale, le violazioni di tipo formale o procedimentale escono dalla riforma notevolmente alleggerite, nell'implicito presupposto che i vizi di forma non possano essere sanzionati in modo più rigido dei vizi di sostanza». Cfr. anche F. CARINCI, *op. cit.*, 872: «In conclusione, dietro a questo comma 6 c'è un declassamento del dato formale, apprezzato ieri come fattore di garanzia per il lavoratore e criticato oggi come elemento di incertezza per il datore».

⁽⁴⁷⁾ Per un approfondimento, A. MARESCA, *op. cit.*, 438 ss.: «questi esempi sembrano sufficienti ad evidenziare un profilo di indubbio rilievo che riguarda il disvalore attribuibile in misura assai diversa ai comportamenti del datore di lavoro – tra loro anche molto variegati – che violano le norme poste a tutela del licenziamento. Un disvalore che ben può incidere sul tipo di sanzione applicabile, con l'effetto di modulare la reazione del legislatore, secondo l'indirizzo metodologico saldamente ancorato ai principi generali dell'ordinamento giuridico».

Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista – Riassunto. *La presente riflessione muove dall'esigenza di approfondire il meccanismo delineato dalla riforma Fornero nella definizione delle nuove forme di tutela in caso di licenziamento illegittimo e dei relativi ambiti di applicazione. Con la legge n. 92/2012, il legislatore risulta aver operato un notevole sforzo sistematico al fine, non soltanto di limitare la discrezionalità del sindacato giurisdizionale, ma anche di creare nuovi equilibri in una realtà economico-sociale sempre più complessa. Il risultato è quello della costruzione di un sistema di tutele articolato, caratterizzato dalla considerazione di diversi potenziali vizi dell'atto di recesso, ai quali risultano correlate differenti tipologie di sanzioni: fattispecie che paiono connotate da gravità decrescente e rilevanza residuale. Il tutto, in un contesto caratterizzato dall'adozione di una prospettiva sostanzialista, che attribuisce il primato al fatto posto a giustificazione del licenziamento (da considerarsi, non tanto nella dimensione prettamente materiale, bensì nella sua rilevanza giuridica), e che impone al giudice di considerare, non più soltanto il disvalore della condotta tenuta dal prestatore di lavoro, ma altresì il diverso grado di riprovevolezza del comportamento datoriale. Complessivamente considerato, l'effetto del nuovo impianto legislativo parrebbe essere, non quello di una contrazione di tutele, quanto piuttosto quello di una modificazione della loro natura nella ricerca di un sostanziale equilibrio nella regolamentazione di interessi, senz'altro contrapposti, ma di pari rango costituzionale.*

New Forms of Protection in the event of Unfair Dismissals and the Scope for a more Practical Approach: Preliminary Remarks on Judicial Review (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the implementation of new forms of protection in the event of unfair dismissal and their scope of application as envisaged by Law No. 92/2012. More specifically, the focus is on the systematic attempt on the part of the Legislator to narrow down the discretionary power of the courts and to strike a balance in an increasingly difficult socio-economic scenario. The outcome of such an effort is a complex set of safeguards marked by potential defects when the process of dismissal begins, for which several types of remedies are provided, depending on the seriousness of the defects. The approach taken by the lawmakers is certainly a pragmatic one, for priority is given to the reason justifying the dismissal – yet considering the legal rather than the substantial dimension of the issue – so that the courts will need to consider – apart from possible wrongdoings on the part of the worker – the seriousness of the fault committed by the employer. In the main, the foregoing provisions do not seem to represent a scaling back of the protection granted to workers, but rather an attempt to strike a balance between competing interests which, while opposed, bear the same value in constitutional terms.*