

**Arturo Maresca**  
**Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo:  
le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori (\*)**

Sommario: 1) L'obiettivo delle modifiche all'art. 18: la redistribuzione ed il diverso bilanciamento della flessibilità in entrata ed in uscita; 2) Gli interventi legislativi sull'art. 18: dalle modifiche occultate a quelle palesi; 3) Tecniche di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato: dall'uniformità alla diversificazione della sanzione; 4) Licenziamento illegittimo ed abuso delle forme di lavoro flessibile: i nuovi equilibri dei rispettivi regimi sanzionatori; 5) Il nuovo impianto dell'art. 18: la reintegrazione piena, quella depotenziata, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura *piena e ridotta*; 6) I particolari problemi del licenziamento affetto da vizi procedurali (art. 18, comma 6): pluralità e concorso di sanzioni; 7) La fase di accertamento dell'illegittimità del licenziamento e quella distinta dell'individuazione della sanzione applicabile; 8) Le modalità di selezione della sanzione applicabile al licenziamento ingiustificato: la duplice rilevanza del fatto materiale e della sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo; 9) L'individuazione delle specifiche ipotesi nelle quali opera la reintegrazione nel posto di lavoro; 10) La procedura preventiva al licenziamento per GMO: opportunità e rischi di frode (la sopravvenuta malattia del lavoratore); 11) Il licenziamento collettivo, le procedure sindacali di attivazione e l'effetto sanante dell'accordo concluso tra datore di lavoro ed OO.SS.; 12) La decorrenza della prescrizione e la stabilità del rapporto di lavoro nel nuovo art. 18; 13) Accelerazione del processo sull'art. 18 e indennità risarcitoria onnicomprensiva: quale coerenza e quale *vulnus*?

(\*) Il testo anticipa il tema di uno studio in onore di Marcello Pedrazzoli.

1. Una valutazione delle modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori contenute nel ddl n. 3249 recante “*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*” presentato al Senato il 5 aprile 2012 deve muovere dalle motivazioni che hanno spinto il legislatore ad intervenire sulle tutele applicabili nel caso di licenziamento illegittimo.

Si tratta di una valutazione utile per evitare che, da una parte, il nuovo art. 18 possa alimentare false aspettative e, dall'altra, che il dibattito si indirizzi e rischi di avvatarsi su obiezioni tanto fondate ed ovvie (l'insufficienza delle nuove norme a creare occupazione) quanto poco pertinenti (certamente non è questo l'obiettivo delle iniziative finalizzate ad innovare gli assetti attuali del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo).

Infatti le norme (e si tratta di una considerazione generale che non vale solo per l'art. 18) ben poco possono fare per la crescita dell'occupazione, cioè per favorire l'incremento dei posti di lavoro. Come tutti sanno, sono le politiche industriali mirate a sostenere lo sviluppo che si palesano idonee (beninteso, quando lo sono effettivamente) a promuovere tale incremento, peraltro con quella gradualità tipica dello scostamento temporale che sempre si verifica tra la ripresa della produzione e l'aumento della domanda di lavoro.

L'utilità di un intervento modificativo dell'art. 18 persegue una diversa finalità: quella che riguarda la qualità dell'occupazione.

Qualità che risulta dall'equilibrato *mix* tra garanzie per chi presta il proprio lavoro e flessibilità per chi se ne avvale e che deve mirare, per quanto attiene all'occupazione ed alle sue forme giuridiche, al ridimensionamento del lavoro irregolare, prioritariamente, e, subito dopo, a rendere più attrattivo per le imprese il lavoro subordinato a tempo indeterminato rispetto alle varie tipologie contrattuali che consentono l'acquisizione di lavoro flessibile.

In altre parole si deve tentare di invertire la tendenza che il nostro legislatore persegue da almeno un decennio concentrando la flessibilità nella fase di acquisizione del lavoro (la c.d. flessibilità in entrata) e moltiplicando le tipologie contrattuali che consentono all'impresa di avvalersi di lavoro (subordinato e non) in via temporanea.

Con le modifiche all'art. 18 contenute nel ddl questo tentativo è stato positivamente avviato, ma, come avviene per tutte le riforme legislative, sarà, poi, l'applicazione (specialmente quella giurisprudenziale) delle nuove disposizioni a stabilirne il successo e, in questo caso, se integrale o parziale.

Fino ad oggi, come si è detto, il legislatore ha alimentato la flessibilità moltiplicando le forme giuridiche di accesso al lavoro (anche non subordinato) caratterizzate dalla loro temporaneità e proposte alle imprese come alternativa *accattivante* al lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Con il nuovo art. 18, viceversa, si intende instillare la flessibilità nei gangli vitali (il licenziamento) del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'intento di renderlo attrattivo per le imprese e, così, arginare la fuga in atto da questa forma contrattuale che, invece, nella visione del legislatore dovrebbe ritornare ad essere la modalità ordinaria di acquisizione del lavoro nell'impresa (cfr. l'art. 3, comma 1, lett. *a*) del ddl che ribadisce il concetto affermato nella direttiva 1999/70/CE per cui “*il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*”).

Del resto per le imprese la scelta della flessibilità in entrata ha costituito fino ad oggi una strada obbligata sia per la carenza di valide alternative sia per le incertezze che caratterizzano pesantemente le ipotesi in cui è consentita l'estinzione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con la conseguente assunzione del rischio dell'indissolubilità del vincolo contrattuale. Una indissolubilità che, a volte, si trasforma in uno scudo protettivo addirittura per chi presta il lavoro con modalità ed in misure ben lontane dallo standard dovuto per il corretto adempimento contrattuale.

La conseguenza di tutto ciò è stata, come già si accennava, che le scelte dell'impresa di investimento nel capitale umano si sono indirizzate (com'era del resto inevitabile) laddove sono state canalizzate dal legislatore e, quindi, dove normativamente è più agevole dotarsi di flessibilità: il lavoro (subordinato e non) temporaneo. Ciò a scapito di quello a tempo indeterminato penalizzato, invece, da una carente flessibilità non solo in uscita, ma anche nella fase di gestione, in particolare relativamente alle mansioni, alle retribuzioni ed ai tempi di lavoro.

L'ulteriore riflesso di queste scelte è che la flessibilità del lavoro si è concentrata sui giovani che aspirano ad entrare nel mercato del lavoro sui quali pesa – con costi sociali ampiamente sottovalutati – l'insicurezza dell'occupazione che non deve indurre ad alimentare la prospettiva del posto fisso, quanto piuttosto a perseguire l'esigenza primaria di realizzazione di un'esistenza libera e dignitosa da promuovere nello spirito della Costituzione.

Giovani occupati temporaneamente che sono stati fortemente penalizzati anche dalle conseguenze della crisi con un'evidente sperequazione rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato.

Un riscontro di tale affermazione si può avere guardando agli effetti prodotti da una delle più profonde crisi economiche vissute dal nostro Paese che ha colpito i giovani con contratti di lavoro temporanei ed assai meno i dipendenti a tempo indeterminato. Per questi ultimi gli ammortizzatori sociali (specialmente la CIG ordinaria, straordinaria e quella in deroga, ma anche la mobilità o le altre forme previdenziali di accompagnamento alla pensione) hanno funzionato bene consentendo di contenere la perdita dei posti di lavoro (ad un livello accettabile se comparato alla crisi).

Non è avvenuto lo stesso per i giovani occupati con rapporti di lavoro temporanei nei confronti dei quali si è interrotto il flusso (prima complessivamente costante, anche nella sua incertezza individuale) delle reiterazioni dei contratti flessibili, senza peraltro poter contare su efficaci ammortizzatori sociali.

Un esito socialmente inaccettabile per l'iniqua ripartizione dei sacrifici a scapito delle giovani generazioni che non hanno neppure potuto esprimere ed organizzare un'efficace tutela dei propri interessi, essendo più facile – anche sul piano della visibilità – richiamare e sollecitare attenzione per chi perde un lavoro stabile (specialmente se il fenomeno assume una consistenza quantitativa idonea a suscitare un allarme sociale ed una percezione mediatica), anziché per chi non perdere il lavoro, ma *solo* la speranza di un rinnovo contrattuale.

Tutto ciò dovrebbe rendere convincente la proposta contenuta nel ddl di una diversa articolazione della flessibilità redistribuita con più equilibrio sull'intero arco del rapporto di lavoro: in entrata, nella gestione ed in uscita. Anche perché non appare praticabile l'alternativa di comprimere la flessibilità delle nostre imprese penalizzandone la competitività (e con essa la capacità di occupazione) sui mercati non solo internazionali, ma anche di quello interno all'Unione Europea.

Questa sembra essere la prospettiva nella quale si devono collocare le proposte di modifica dell'art. 18 che, pur non essendo l'unico ingrediente, concorrono a rendere più attrattivo per le imprese il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, riequilibrando a vantaggio di questa forma contrattuale le scelte delle imprese in ordine alle modalità di assunzione.

Infatti 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 sia del licenziamento disciplinare sia di quello per giustificato motivo oggettivo. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunciare 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 cod. civ.) tra infrazione e sanzione disciplinare (conservativa o espulsiva) da applicare oppure alla prova (dilatabile a dismisura) che deve essere fornita dal datore di lavoro per dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel caso di soppressione del posto di lavoro.

Uno dei molti casi che si potrebbe richiamare per dimostrare quanto si è detto, riguarda il furto di modico valore a danno del datore di lavoro che, anche secondo la giurisprudenza di legittimità, non sempre costituisce un giustificato motivo soggettivo di licenziamento, dovendo il giudice stabilire, di volta in volta, quale sia la soglia del modico valore che preclude o consente il licenziamento.

Di fronte a tali incertezze, la reazione delle imprese è quella di avvalersi di tutte le forme contrattuali temporanee (subordinate e non) che consentono di evitare il rischio derivante dalla conclusione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Peraltro neppure l'opzione per il lavoro flessibile è immune da rischi che attengono alla corretta utilizzazione delle forme di lavoro temporanee (collaborazioni a progetto, contratto a termine, somministrazione, ecc.) disciplinate da norme oggetto di altrettante incertezze applicative, come dimostra l'abbondante contenzioso giudiziario in materia.

Il tema delle incertezze e, quindi, dei costi e dei rischi che comporta per l'impresa l'acquisizione e la dismissione del lavoro, costituisce un punto rilevante per favorire lo sviluppo dell'occupazione e, in particolare, di quella a tempo indeterminato.

Proprio per questo si guarda alle modifiche dell'art. 18 contenute nel ddl con una particolare attenzione per le certezze che esse possono offrire alle imprese nella scelta delle forme giuridiche di acquisizione del lavoro ed in che misura tali modifiche siano, invece, esposte al rischio di applicazioni giurisprudenziali ondivaghe, nella consapevolezza che da ciò dipenderà il loro successo.

La strada maestra per tentare di dare soluzione ai problemi ora accennati che riguardano, insieme, l'occupazione e la flessibilità sarebbe stata quella di intervenire non sull'apparato sanzionatorio costituito dall'art. 18, ma sulle causali che legittimano il licenziamento oppure sulla valutazione delle prove che gravano sul datore di lavoro tenuto a dimostrare tali causali.

Ciò sarebbe potuto avvenire, ad esempio, tipizzando alcune presunzioni con l'effetto di vincolare il giudice e di ridimensionarne, così, la discrezionalità che caratterizza l'esame delle prove relative alla legittimità del licenziamento (operazione praticabile specialmente nel caso del GMO per il quale il fatto della mancata assunzione di lavoratori con mansioni equivalenti a quelle del licenziato in un certo arco di tempo avrebbe potuto costituire la dimostrazione legale dell'avvenuta soppressione effettiva del posto di lavoro).

Quella ora indicata era una strada percorribile, ma di indubbia complessità; motivo che ha indotto il Governo a concentrare la sua attenzione sulla modifica del sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo (l'art. 18).

2. Volgendo lo sguardo più direttamente alle modifiche all'art. 18 contenute nel ddl un primo punto da segnalare è quello della trasparenza (che, come si dirà, non coincide necessariamente con l'efficacia) delle scelte operate dal legislatore che

rendono evidenti le opzioni di politica del diritto effettuate con la scelta di intervenire direttamente sul sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo modificando l'art. 18 che è la norma-simbolo dello Statuto dei Lavoratori.

Una trasparenza delle opzioni di politica del diritto quanto all'obiettivo dell'intervento modificativo, ma che, si deve aggiungere subito dopo, non sono, però, immuni, da compromessi che caratterizzano la formulazione della nuova versione dell'art. 18 contenuta nel ddl. Compromessi che consentono alla FIOM di Maurizio Landini di lamentarsi che la reintegrazione nel posto di lavoro non sarà che un "miraggio" (*ridimensionamento delle tutele*), alla CGIL di Susanna Camusso di assumere una posizione di particolare prudenza per un intervento *conservativo* non gradito, ma che, comunque, ha come effetto la permanenza della reintegrazione nel posto di lavoro (*il male minore*) ed alla CONFINDUSTRIA di Emma Marcegaglia di manifestare un dissenso per una soluzione ritenuta accettabile, ma non esente dal rischio di probabili incursioni giurisprudenziali mirate a vanificarne la portata innovativa (*soluzione, senza certezze*).

Ciò nonostante si deve registrare un mutamento rispetto al passato, ricordando che il tema delle modifiche dell'art. 18 è stato oggetto di tentativi, di varia provenienza, abortiti sul nascere (quello del Governo D'Alema e del Governo Berlusconi) oppure realizzati in modo elusivo ed indiretto, mettendo in campo soluzioni *alternative* e, spesso, oscure nel tentativo di attenuare il dissenso e le reazioni sindacali, ma generando nel contempo incertezze applicative che ne hanno comportato la sostanziale impraticabilità.

Già si è accennato alle politiche del lavoro in materia di flessibilità, alcune di esse contenevano un'implicita risposta al tema del licenziamento come, ad esempio, il contratto di lavoro intermittente (che consente al datore di lavoro di non richiedere più la prestazione del dipendente, estinguendo così, se non il rapporto giuridico, la sua funzionalità) o, più efficacemente, la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (dove si verifica una sostanziale traslazione dei rischi da licenziamento che vengono addossati all'agenzia obbligata all'applicazione dell'art. 18, tenendone indenne l'impresa utilizzatrice che, sostanzialmente, può acquisire e dismettere la forza lavoro applicando le regole civilistiche del contratto di somministrazione e non quelle del diritto del lavoro).

Le altre due innovazioni che possono essere richiamate sono quelle dell'arbitrato secondo equità e dell'art. 8, comma 2-*bis*, legge 14 settembre 2011, n 148.

Nel primo caso il legislatore (con il c.d. Collegato Lavoro, legge 4 novembre 2010, n. 183) aveva tentato di costruire un tortuoso percorso che, attraverso la clausola compromissoria e la possibilità degli arbitri di decidere secondo equità,

avrebbe consentito di approdare ad un lodo in materia di controversie relative al licenziamento nel quale l'applicazione dell'art. 18 non sarebbe stata obbligata. Ma questa soluzione, prima ancora di essere definitivamente approvata, veniva depotenziata dall'impegno delle parti sociali (sottoscritto in data 11 marzo 2010) di escludere l'utilizzazione della clausola compromissoria per le controversie in materia di licenziamento. Com'è noto, poi, la norma in materia di arbitrato, approvata dal Parlamento, veniva censurata dal Presidente della Repubblica che, rinviando alle Camere per una nuova approvazione il c.d. Collegato Lavoro, osservava come una modifica così rilevante in materia di tutela del lavoro qual è quella avente ad oggetto il regime del licenziamento avrebbe dovuto realizzarsi in modo chiaro ed esplicito, in quanto una siffatta modifica non poteva essere *nascosta* all'interno di una riforma di natura processuale, dovendo piuttosto essere contenuta in uno specifico, consapevole e meditato intervento di diritto sostanziale.

Nel secondo caso il legislatore con il comma 2-*bis*, del citato art. 8 ha reso, com'è noto, derogabile da parte della contrattazione collettiva aziendale o territoriale la disciplina legale relativa alle “*conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*” (comma 2, art. 8). Una formula quest'ultima all'interno della quale si voleva ricomprendere il tema specifico e sensibile della reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato. Com'era agevole prevedere questo *escamotage* non solo non ha sortito l'effetto atteso di smorzare le critiche sindacali (e non solo della CGIL) finendo così per paralizzare l'utilizzazione della norma da parte della contrattazione collettiva, ma ha anche reso assai incerta l'interpretazione della norma con un forte rischio per le imprese che intendessero avvalersene, in quanto la giurisprudenza potrebbe ritenere che l'art. 18 non rientri tra le norme rese derogabili dal legislatore.

3. Muovendo da queste premesse si deve inizialmente osservare, sul piano generale, che nel nostro ordinamento si ritiene, ormai, costituzionalizzata (e ciò vale anche con riferimento all'art. 30 della Carta di Nizza in forza del quale “*ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*”) la garanzia del lavoratore ad essere licenziato solo a fronte di un motivo giustificato, mentre è rimessa alla discrezionalità politica del legislatore la valutazione in ordine alle conseguenze sanzionatorie applicabili nel caso di illegittimità del licenziamento.

Quindi il legislatore ben può modificare il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo senza incorrere nella violazione della costituzione materiale che, invece, non consente allo stesso legislatore di ripristinare la libertà del licenziamento, prevista dall'art. 2118 cod. civ., che ha operato fino alla legge 15 luglio 1966, n. 604

con la quale il licenziamento è stato vincolato alla sussistenza di una causale giustificatrice.

Quello che si pone è, quindi, un problema ben noto nel diritto positivo e che riguarda nella sua generalità i rimedi esperibili a tutela di chi patisce una violazione delle situazioni giuridiche e delle tutele legali di cui è titolare.

Rimedi che l'ordinamento organizza in varie forme e tecniche che possono essere ricondotte, schematicamente, alla prevenzione dell'illecito, al ripristino delle situazioni lese (la reintegrazione) od al risarcimento del danno subito la cui misura può anche essere quantificata in modo forfettizzato e predeterminato (da ultimo in tal senso v. Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in materia di risarcimento del danno derivate dall'illegittima apposizione del termine).

Fino ad oggi per le imprese con più di 15 dipendenti la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo è stata uniforme, anzi unica: la reintegrazione nel posto di lavoro prevista dall'art. 18 alla quale si aggiunge l'integrale risarcimento del danno derivante dalla perdita delle retribuzioni (e delle relative contribuzioni) e la possibilità, riconosciuta al solo lavoratore, di monetizzare la reintegrazione giudizialmente ottenuta convertendola in un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione.

La quarantennale applicazione dell'art. 18 ha creato e, poi, consolidato la convinzione – più culturale che tecnico-giuridica – che la reintegrazione fosse l'unico rimedio esperibile nei confronti del licenziamento illegittimo, senza alcuna possibilità di alternativa. Una convinzione tanto radicata da far coincidere e confondere, secondo un diffuso luogo comune, la durata a tempo indeterminato del rapporto di lavoro con le garanzie reali applicabili nel caso del licenziamento illegittimo. Con la conseguenza che l'inoperatività di esse impedirebbe sostanzialmente – almeno nell'accezione comune e diffusa cui si accennava – di configurare un vero rapporto a tempo indeterminato stante la mancanza della tutela dell'art. 18.

La fallacia di questa impostazione si materializza con tutta evidenza al cospetto della tutela obbligatoria in materia di licenziamento illegittimo applicabile alle imprese che occupano fino a 15 dipendenti (più volte considerata legittima dalla Corte Costituzionale); una realtà che riguarda nel nostro Paese poco meno della metà dei lavoratori dipendenti.

Probabilmente questo sentire comune è influenzato dal rilievo egemonizzante che assume la perdita del lavoro subita dal dipendente ingiustamente licenziato cui si

reputa possibile porre rimedio *solo* con la reintegrazione nel posto di lavoro precedentemente occupato.

Ma così facendo si trascura, pur nel doveroso contrasto al licenziamento illegittimo, la diversità oggettivamente riscontrabile tra il comportamento del datore di lavoro che licenzia il dipendente, ad esempio, per ritorsione o quello che, incorrendo in un errore nell'espletamento della procedura prevista dall'art. 7 St. lav., licenzia un lavoratore pur colpevole di una grave infrazione disciplinare. Oppure tra un licenziamento discriminatorio ed un licenziamento collettivo adottato senza il puntuale rispetto della procedura preventiva di informazione e consultazione sindacale, anche quando l'impresa ha, poi, concluso tale procedura raggiungendo un accordo con le organizzazioni sindacali (su questo punto v., da ultimo, Cass., 6 aprile 2012, n. 5582 e le considerazioni svolte più avanti).

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 tenendo conto dell'offesa arrecata, secondo un indirizzo metodologico saldamente ancorato ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

Peraltro le differenze comportamentali ora evidenziate – e la rilevanza che ne può coerentemente conseguire sul piano sanzionatorio – non sono frutto di personali valutazioni di tipo etico o sociologico, ma si connettono alla scala di valori adottata inizialmente dal legislatore del 1966 che distingueva e differenziava espressamente nella legge n. 604 la nullità del licenziamento discriminatorio (art. 4) dall'inefficacia di quello privo di forma (art. 2, comma 3), dall'annullabilità derivante dalla carenza di giusta causa o giustificato motivo. Differenziazioni queste che, peraltro, vengono ribadite puntualmente anche nell'art. 18, comma 1, oggi vigente senza, però, alcuna consequenzialità relativamente al regime sanzionatorio applicabile.

La differenziazione delle sanzioni riporterebbe, inoltre, la tutela dello Statuto dei Lavoratori al suo disegno originario – venuto meno nella fase finale di approvazione della legge da parte del Parlamento – di applicare la reintegrazione nel posto di lavoro solo nel caso del dipendente licenziato per motivi di discriminazione sindacale, cioè quando fossero stati lesi valori fondamentali; prevedendo nelle altre ipotesi un congruo risarcimento del danno a riparazione della perdita del posto di lavoro.

Una posizione successivamente fatta propria anche dal CNEL, con l'approvazione delle tre maggiori Confederazioni sindacali, nelle *“Osservazioni e proposte sulla*

*revisione della legislazione sul rapporto di lavoro” formulate dall’Assemblea il 4 giugno 1985 che suggeriva “l’obbligo incondizionato di reintegrazione nel posto di lavoro dovrebbe essere limitato ai casi di licenziamento radicalmente nullo per vizi di forma (per esempio, licenziamento per motivi disciplinari intimato senza l’osservanza delle garanzie di pubblicità e procedurali previste dai primi tre comma dell’art. 7 della legge n. 300/1970; licenziamento orale) oppure per illiceità del motivo (licenziamento discriminatorio ai sensi dell’art. 4 della legge n. 604/1966 e dell’art. 15 della legge numero 300/1970; licenziamento per causa di matrimonio, vietato dalla legge n. 7/1963; licenziamento per ritorsione, per es. nel caso deciso da Cass. n. 3930/1979 e n. 4241/1981). In tutti questi casi l’ordine di reintegrazione nel posto dovrebbe essere assistito non solo dalla sanzione contrattuale di cui al 2° comma dell’art. 18 della legge 300 (obbligo di corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza fino a quella della reintegrazione), ma anche dalla sanzione extracontrattuale (sanzione pecuniaria civile) prevista dall’ultimo comma del medesimo articolo (obbligo di versamento all’INPS di una somma di pari ammontare). ...*

*Negli altri casi l’accertamento della mancanza di giustificato motivo o di giusta causa non dovrebbe comportare l’ordine di reintegrazione, bensì un dispositivo di condanna alternativa, del tipo previsto dall’art. 8 della legge 604, che lasci al datore di lavoro la scelta tra la riassunzione del lavoratore entro un termine molto breve oppure il pagamento di una penale a titolo di risarcimento del danno in via presuntiva e forfettaria, fissata dal giudice entro un minimo e un massimo, tenendo conto anche dell’anzianità del lavoratore. Il minimo e il massimo dovrebbero però essere fissati in misura consistentemente più elevata di quella prevista dall’articolo 8, tale da sanzionare adeguatamente, con sufficiente forza dissuasiva, il principio che il licenziamento è un mezzo di tutela dell’interesse dell’impresa da usare come extrema ratio, quando non è disponibile un altro rimedio compatibile con la continuazione del rapporto”.*

4. Alle considerazioni fin qui accennate si deve aggiungere, in una prospettiva ulteriore e diversa, un rilievo riguardante il regime sanzionatorio dei vari rapporti di lavoro flessibili e la valutazione comparativa della sua funzionalità rispetto alle modifiche dell’art. 18 proposte dal ddl.

Il tema riveste implicazioni teoriche ed applicative di non poco momento, ma in questa sede è sufficiente osservare che l’illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro ne comporta la conversione (o meglio la ricostituzione, secondo la correzione puntualmente operata dell’art. 3, comma 5 del ddl) a tempo indeterminato oltre al risarcimento del danno ragguagliato, nella misura massima, a 12 mensilità (art. 32, comma 5, legge 183/2010) e, del resto, un regime sanzionatorio analogo opera anche per le irregolarità della somministrazione di lavoro e dell’appalto ed

anche nel caso di utilizzazione impropria delle collaborazioni a progetto, del lavoro autonomo e del lavoro associato (per di più con le presunzioni stabilite negli artt. 8, 9 e 10 del ddl).

Tale osservazione è finalizzata a mettere in evidenza come **le imprese dovrebbero essere scoraggiate da utilizzazioni irregolari delle forme di lavoro flessibili, in quanto il regime sanzionatorio per esse previsto potrebbe rivelarsi più temibile di quello applicabile al licenziamento per GMO conseguente alla soppressione del posto di lavoro** (art. 18, comma 7).

La **complessiva riarticolazione del regime sanzionatorio del licenziamento e dell'abuso delle forme di lavoro flessibili** potrebbe inizialmente sorprendere per i nuovi equilibri o disequilibri che vengono a determinarsi nell'ordinamento giuridico del lavoro subordinato, ma il necessario approfondimento di questi aspetti – che in questa sede non è possibile sviluppare – non può prescindere da una considerazione di sistema relativa all'accentuato disvalore per l'abuso delle forme di lavoro atipiche.

5. Muovendo da queste premesse si può passare ad un primo esame delle modifiche all'art. 18 e delle conseguenze che ne derivano sul piano applicativo.

In particolare si deve evidenziare la scelta caratterizzante del nuovo art. 18 che è quella, più sopra già segnalata, della **differenziazione delle tutele applicabili nel caso di licenziamento illegittimo**.

Infatti una prima ricognizione del dato normativo consente di enucleare **quattro diversi regimi sanzionatori** previsti all'interno del nuovo art. 18 che possono essere identificati ed elencati nei modi che seguono in relazione all'intensità della sanzione, con la necessità avvertita dal legislatore di modificare anche la rubrica dell'art. 18 che non sarà più quella gloriosa e monotematica di "*reintegrazione nel posto di lavoro*", ma quella onnicomprensiva e plurale di "*tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*".

A) La **reintegrazione piena** prevista dall'art. 18, comma 1.

In questo caso alla **reintegrazione** nel posto di lavoro viene ad aggiungersi: a) il risarcimento del danno (non inferiore a cinque mensilità, ma) pari a tutte le retribuzioni maturate dal licenziamento all'effettiva reintegrazione. Con la precisazione che la misura del danno può essere ridotta soltanto da quanto effettivamente percepito (*aliunde perceptum*, non anche *l'aliunde percipiendum*) per lo svolgimento di altre attività lavorative; b) l'integrale versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

Tale reintegrazione si applica ai licenziamenti nulli: 1) per **discriminazione** (art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108); 2) per **matrimonio** (art. 35, d. lgs., 11 aprile 2006, n. 198); 3) per **violazione dei divieti posti a tutela della maternità e paternità** (art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, d. lgs., 26 marzo 2001, n. 151); 4) **per motivo illecito determinante** (art. 1345 cod. civ.); 5) **negli altri casi previsti dalla legge**; 6) per discriminazione anche quando sia formalmente adottato per GMO (art. 18, comma 7, ultimo periodo); 7) ed a quello **inefficace**, individuale o collettivo (art. 15, ddl comma 3), **perché intimato in forma orale**.

Tale tutela opera in modo generalizzato, riguarda infatti tutti i lavoratori (compresi i dirigenti), anche se dipendenti da un datore di lavoro non imprenditore ed a prescindere dalle dimensioni occupazionali.

B) La **reintegrazione depotenziata** regolata dall'art. 18 comma 4.

In questo caso alla **reintegrazione** nel posto di lavoro viene ad aggiungersi: a) il risarcimento del danno in misura pari alle retribuzioni maturate dal licenziamento all'effettiva reintegrazione, ma con un tetto massimo di dodici mensilità e senza il limite minimo delle cinque. Con la precisazione che la misura del danno può essere ridotta non solo in relazione a quanto percepito (*aliunde perceptum*) per lo svolgimento di altre attività, ma anche tenendo conto di quello che il lavoratore avrebbe potuto percepire (*aliunde percipiendum*) dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione; b) l'integrale versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, anche se questa avviene dopo dodici mesi.

Tale tutela opera nel caso di **illegittimità del licenziamento disciplinare per giusta causa o giustificato motivo soggettivo**, ma soltanto **se ricorre una delle due ipotesi tassativamente identificate nello stesso comma 4 dell'art. 18**: a) "***insussistenza del fatto contestato***"; b) "***il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili***".

La stessa tutela si applica anche **al licenziamento**: a) **per GMO ove, alternativamente, (a1) il lavoratore dimostri che tale licenziamento è stato determinato esclusivamente da ragioni disciplinari (a2) il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per GMO** (art. 18, comma 7); b) **per inidoneità fisica o psichica del lavoratore** (artt. 4, comma 4 e 10, comma 3, legge 12 marzo 1999, n. 68, espressamente richiamati dal legislatore, ma anche nei casi di inidoneità di cui all'art. 42, d. lgs., 9 aprile 2008, n. 81); c) **intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, cod. civ.**; d) **dichiarato illegittimo per vizi**

procedurali se, su domanda del lavoratore, si accerta il difetto di giustificazione (art. 18, comma 6); e) collettivo per riduzione di personale nel caso di violazione dei criteri di scelta (art. 15, ddl comma 3).

C) L'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella *misura piena* disciplinata dall'art. 18, comma 5.

La quantificazione dell'indennità risarcitoria – che ha carattere onnicomprensivo – è stabilita dal giudice tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità che il giudice dovrà determinare (con obbligo di specifica motivazione) tenendo conto: a) dell'anzianità del lavoratore; b) del numero dei dipendenti occupati; c) delle dimensioni dell'attività economica; d) del comportamento e delle condizioni delle parti. Per il solo licenziamento per GMO il giudice dovrà anche tener conto: a) delle iniziative assunte dal lavoratore per ricercare una nuova occupazione; b) del comportamento delle parti nella procedura preventiva al licenziamento (di cui all'art. 7, comma 7, legge 604/1966).

Volendo essere più precisi occorre evidenziare che la formulazione utilizzata dalla norma in esame prevede che la modulazione dell'indennità avvenga “*in relazione all'anzianità di servizio e tenuto conto ...*” degli altri indicatori espressamente elencati. Ciò segnala visibilmente la volontà del legislatore che nella determinazione della misura dell'indennità il giudice debba attribuire all'anzianità di servizio un peso preponderante rispetto a quello degli altri indicatori.

È importante, inoltre, evidenziare che in questo caso il giudice con la sentenza che accerta l'illegittimità del licenziamento “*dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento*”. Data che, quindi, identifica il momento in cui si estingue il rapporto di lavoro anche nel caso di accertata illegittimità del licenziamento.

Anche per questa ragione nel caso in esame non è previsto alcun versamento contributivo; del resto l'indennità liquidata al dipendente è, come stabilisce espressamente il legislatore, “*onnicomprensiva*” e, quindi, soddisfattiva anche del profilo previdenziale.

La natura di tale indennità meriterebbe uno specifico approfondimento; in questa sede è sufficiente rilevare che essa non ha soltanto una funzione risarcitoria, ma anche e, prevalentemente, sanzionatoria. Infatti il diritto al risarcimento presuppone l'effettiva esistenza del danno che nel caso di specie potrebbe essere anche inesistente o di gran lunga inferiore alla misura minima delle 12 mensilità. Si pensi al dipendente ingiustamente licenziato che ha trovato subito un nuovo posto di lavoro per di più con una migliore retribuzione e che avrà comunque diritto all'indennità. Peraltro – ed in

termini convergenti con quanto appena detto – si deve evidenziare che la graduazione della misura dell'indennità da liquidare deve seguire i criteri dettati dal legislatore che non replicano quelli utilizzati per la quantificazione del danno civilistico.

L'indennità risarcitoria trova applicazione in tutti i casi d'illegittimità del licenziamento: a) **disciplinare, salvo i casi nei quali è prevista espressamente la reintegrazione** (art. 18, comma 4); b) **per GMO, eccettuate le ipotesi nelle quali è prevista espressamente la reintegrazione** (art. 18, comma 7); c) **collettivo per riduzione di personale nel caso di violazione delle procedure di informazione e consultazione sindacale e di comunicazione** di cui all'art. 4, comma 12, legge 23 luglio 1991, n. 223.

D) L'**indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura ridotta** regolata dall'art. 18, comma 6.

In questo caso la quantificazione dell'indennità risarcitoria – che ha sempre carattere **onnicomprendente** – è stabilita dal giudice **tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità** che il giudice dovrà determinare (con obbligo di specifica motivazione) tenendo conto: a) non solo dei criteri indicati dall'art. 18 comma 5; b) **ma anche della gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro.**

Tale tutela opera nei casi di illegittimità dei licenziamenti viziati da **errori procedurali** per violazione: a) del **requisito di motivazione** di cui all'art. 2, comma 2, legge 604/1966 (licenziamento formulato per iscritto, ma senza la contestuale specificazione dei motivi così come richiesto dall'art. 13, comma 1, ddl che ha modificato l'art. 2, comma 2, legge 604/1966); b) della procedura di cui all'art. 7, legge 300/1970; c) della **nuova procedura di cui all'art. 7**, legge 604/1966.

Tale tutela non opera se: a) sulla base della domanda del lavoratore (che, quindi, dovrà essere specificamente formulata nel ricorso introduttivo del giudizio); b) il giudice accerta che si riscontra anche un difetto di giustificazione del licenziamento. In questo caso troveranno applicazione le tutele previste nei commi 4, 5 e 7 dell'art. 18.

6. Gli specifici problemi che si pongono in relazione all'ambito di applicazione del comma 6 art. 18 non sono pochi e riguardano questioni ricorrenti nel contenzioso in materia di licenziamento, specialmente di quello disciplinare.

Per fare due soli esempi si possono richiamare il caso della **carezza di immediatezza o tempestiva della contestazione disciplinare** e quello della **genericità dei fatti oggetto della contestazione disciplinare**.

Nella prima ipotesi ci si deve chiedere se il requisito della tempestività (o della immediatezza) riguardi la comunicazione della contestazione disciplinare o, a monte, l'esercizio del potere disciplinare. Con la conseguenza che nel caso di inosservanza si dovrà ritenere violato, secondo la prima ipotesi, l'art. 7, comma 2, St. Lav., mentre, seguendo la seconda, l'art. 2106 cod. civ.. Questione non banale perché optando per la prima alternativa troverà applicazione il comma 6, nella seconda i commi 4 o 5 dell'art. 18.

Analogo problema si pone nell'ipotesi della contestazione disciplinare formulata in modo generico, anche se in questo caso appare più agevole la soluzione nel senso di ritenere sussistente un vizio della procedura con la conseguente applicazione del comma 6 art. 18. Infatti la contestazione costituisce un atto essenziale del procedimento disciplinare previsto dall'art. 7, con la conseguenza che l'irregolare formulazione di tale atto determina un vizio della procedura.

Semmai un problema più complesso relativo all'applicazione del comma 6 si pone non con riferimento alle violazioni della procedura disciplinare prevista dall'art. 7, ma con riguardo alle regolamentazioni dettate dai contratti collettivi nazionali di categoria che, talvolta, integrano la procedura legale stabilendo, ad esempio, termini più ampi per la difesa del lavoratore o un termine finale (che l'art. 7 non contempla) entro il quale deve essere comunicata la sanzione disciplinare.

In questo caso il comma 6 non sembrerebbe, a prima vista, applicabile in quanto i vizi procedurali ai quali il legislatore si riferisce sono soltanto quelli relativi alle disposizioni di legge espressamente richiamate dallo stesso comma 6. Tale soluzione non appare, però, del tutto convincente, perché le eventuali procedure contrattuali partecipano della stessa natura di quella legale e, quindi, possono ritenersi ricomprese, secondo un'interpretazione estensiva, nel comma 6.

Ma c'è un ulteriore aspetto da segnalare che riguarda il funzionamento del rinvio contenuto nel comma 6 alle *“tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo”* dell'art. 18.

Infatti il meccanismo normativo che seleziona una delle sanzioni potenzialmente applicabili – la reintegrazione depotenziata o l'indennità risarcitoria nella misura piena – postula l'accertamento della sussistenza dei requisiti previsti nel comma 4 che danno ingresso all'applicazione della reintegrazione in luogo dell'indennità (comma 5).

La questione si pone perché, a fronte del vizio formale, il giudice dichiara l'illegittimità del licenziamento senza dover acquisire alcuna prova in ordine ai fatti posti a fondamento del licenziamento stesso che vengono, però, ad assumere uno specifico ed autonomo rilievo (non già per quanto attiene l'illegittimità del licenziamento già acclarata, bensì) ai fini dell'individuazione della sanzione in concreto applicabile a quel licenziamento illegittimo.

Secondo l'espressa previsione del comma 6 art. 18, in questo caso incombe sul lavoratore l'onere di formulare l'istanza che consente al giudice di passare dalla rilevazione del vizio procedurale – che, come si è detto, produce di per sé l'illegittimità del licenziamento con la relativa sanzione di cui al comma 6 – alla verifica ulteriore di merito relativa alla causale per la quale il licenziamento è stato adottato, con la possibilità di applicare una diversa e più grave sanzione se tale causale si rivelasse insussistente.

A ben vedere non si tratta di accertare soltanto il “*difetto di giustificazione del licenziamento*” (come prevede espressamente il legislatore), ma anche gli ulteriori elementi che, un volta acclarato tale “*difetto*”, consentono di individuare la sanzione in concreto applicabile (reintegrazione depotenziata o indennità risarcitoria nella misura piena).

Si apre, in tal modo, una verifica che non riguarda più l'illegittimità del licenziamento, già acclarata in relazione al vizio procedurale, ma la sua giustificatazza e, poi, il regime sanzionatorio applicabile.

Attesa l'autonomia di questo accertamento rispetto a quello che ha condotto il giudice ad acclarare l'illegittimità del licenziamento si pone il problema d'individuare il soggetto sul quale grava l'onere probatorio in ordine alla giustificatazza e, poi, alla sussistenza degli elementi necessari a stabilire la sanzione applicabile.

Si potrebbe ritenere che tale onere gravi sul lavoratore avendo egli avanzato l'istanza di verifica nel merito con la quale si prefigge di ottenere una sanzione più congrua; ma la soluzione più corretta è quella di ricondurre tale ipotesi all'art. 5, legge 604/1966 che addossa al datore di lavoro l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo.

Per quanto riguarda l'ulteriore questione degli elementi necessari a selezionare in concreto la sanzione applicabile si rinvia a quanto si dirà nel prosieguo.

Si deve, invece, osservare che la pluralità di sanzioni applicabili avrà un indubbio riflesso sulle tecniche di difesa giudiziaria del lavoratore licenziato.

In questo caso le domande formulate con il ricorso introduttivo del giudizio saranno probabilmente presentate in via gradata partendo da quella avente ad oggetto la reintegrazione piena e presentando, subordinatamente, tutte le altre fino a quella relativa all'indennità risarcitoria nella *misura ridotta*. E per ogni domanda il lavoratore dovrà procedere alle specifiche allegazioni ed all'esibizione o alla richiesta delle prove idonee a sostenere tali domande.

Non si tratterà di procedere ad una mera elencazione delle domande ed alla loro graduazione, ma si dovranno compiere scelte precise guidate dalle tutele di cui si invoca l'applicazione ed anche dalla diversa distribuzione dei relativi oneri probatori. Ad esempio nel caso del licenziamento collettivo che presenti sia vizi formali delle procedure richiamate dell'art. 4, comma 12, legge 223/1991 sia violazione dei criteri di scelta si dovrà tenere conto che, in quest'ultimo caso, ma non nel primo è possibile accedere alla reintegrazione nel posto di lavoro. Ma ancora più complesso è il caso del licenziamento per GMO adottato senza il rispetto della procedura dell'art. 7, legge 604/1966 o senza l'indicazione dei motivi e che il lavoratore intenda impugnare facendo valere il motivo disciplinare che, in via esclusiva, ha determinato tale licenziamento.

Tutto ciò influenzerà anche l'ordine di trattazione delle varie questioni che il giudice dovrà esaminare in base alle domande poste dal lavoratore-ricorrente, non potendo seguire, com'è avvenuto fino ad oggi, un approccio che pragmaticamente anteponeva le violazioni formali (per le quali, spesso, le esigenze istruttorie sono ridotte) a quelle sostanziali (che, invece, implicano un aggravio degli incombenzi istruttori).

7. Dalla ricognizione effettuata emerge che la reintegrazione nel posto di lavoro costituisce la sanzione applicabile in via esclusiva e generale solo per il licenziamento nullo.

Negli altri casi di illegittimità del licenziamento – ci si riferisce, ovviamente, a quelli adottati dalle imprese con più di 15 dipendenti, per gli altri, infatti, continua ad operare l'art. 8, legge 604/1966 – sono previste, in via alternativa, una pluralità di sanzioni: la reintegrazione *depotenziata*, l'indennità risarcitoria nella *misura piena* e nella *misura ridotta*.

Tale constatazione impone di rispondere ad una domanda preliminare finalizzata a stabilire quale sia il rapporto tra le diverse sanzioni secondo quanto è possibile

desumere dal complesso ed articolato regime previsto dal nuovo art. 18 ed in particolare quale tra tali sanzioni operi come regola e quale, invece, sia applicabile in via residuale (se non proprio di eccezione).

La risposta a tale domanda sembra essere che l'indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad operare in via residuale, in quanto il nuovo art. 18 attribuisce prevalenza alla prima rispetto alla seconda.

Tale conclusione si lascia preferire poiché, almeno nei casi di carenza di giusta causa e giustificato motivo, la reintegrazione nel posto di lavoro risulta applicabile nelle sole ipotesi espressamente e tassativamente stabilite dal legislatore ed alle specifiche condizioni di volta in volta previste per dare ingresso a tale sanzione, mentre in tutti gli altri casi opererà l'indennità risarcitoria nella misura piena.

Infatti nel caso di licenziamento illegittimo per difetto di giusta causa o giustificato motivo, la reintegrazione può essere invocata solo in tre ipotesi individuate dal legislatore sulla base di specifiche caratteristiche. Per il licenziamento disciplinare in caso di: a) *“insussistenza del fatto contestato”*; b) o se *“il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”* e, nel licenziamento per GMO, 3) *allorché sia manifesta l'insussistenza del fatto posto a base di tale licenziamento.*

Si può dire che le tre ipotesi, prescindendo in questo momento dalle questioni interpretative in ordine alla ricorrenza dei presupposti che ne consentono l'applicazione, si caratterizzano per un tratto unificante che può essere individuato nell'assoluta pretestuosità del licenziamento, in quanto il fatto materiale che lo avrebbe dovuto giustificare si palesa del tutto inesistente o, quanto meno, è tale da dover essere ricondotto, con sicurezza, tra quelle infrazioni punibili con una sanzione conservativa per espressa previsione (quella che sarebbe meglio definire tipizzazione, ma sul punto v. *infra*) della legge o del contratto collettivo.

In altre parole si può dire che nei casi più sopra indicati il datore di lavoro per licenziare il dipendente ha preso a pretesto un suo comportamento (licenziamento disciplinare) o una situazione riferibile all'organizzazione aziendale (licenziamento per GMO) che, però, risultano privi di oggettivo riscontro nella realtà concreta.

Da parte di chi coltiva un radicato scetticismo sulle potenzialità innovative dell'art. 18 ddl si è formulata – con toni beffardi, ma che colgono bene il cuore e l'essenza della questione – una domanda: cosa residua per la valutazione della sanzione che non sia già assorbito dalla verifica riguardante la legittimità del licenziamento ?

Come a dire che se il licenziamento fosse illegittimo, la sanzione non potrebbe che essere, anche con il nuovo art. 18, quella della reintegrazione, in quanto ci sarebbe una perfetta coincidenza tra l'accertamento della legittimità del licenziamento ed il criterio in base al quale la sanzione della reintegrazione deve essere applicata.

Una domanda questa alla quale se ne potrebbe contrapporre un'altra anch'essa finalizzata a chiarire il contenuto della nuova disposizione: ma quando mai un datore di lavoro licenzierebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo una sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe – sul piano dell'opportunità – la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?

A ben vedere, però, se si procede ad una scomposizione delle motivazioni che portano ad affermare l'illegittimità del licenziamento si deve prendere atto che esse fanno capo ad una pluralità di profili che attengono, grosso modo, alla **sussistenza del fatto**, alla **valutazione di esso** ed al **rispetto dei termini, delle regole procedurali o di forma applicabili al licenziamento**.

La discrezionalità maggiore che oggi esercita il giudice non riguarda certamente l'indagine in ordine alla sussistenza del fatto, quanto piuttosto l'operazione successiva della riconducibilità di esso alle causali che legittimano il licenziamento, attesa la ben nota elasticità delle formule della giusta causa o del giustificato motivo.

Anche perché tale operazione implica, nel caso del licenziamento disciplinare, un apprezzamento (pressoché *libero*) della gravità dell'infrazione (art. 2106 cod. civ.) per valutarne la proporzionalità con la sanzione, conservativa o espulsiva, legittimamente adottabile e, nel licenziamento per GMO, la prova del c.d. *repechage* che costituisce una vera e propria incognita (cfr., tra le altre, Cass., 15 luglio 2010, n. 16579 per la quale l'illegittimità del licenziamento per soppressione del posto di lavoro discende dalla mancanza di prova della non ricollocabilità del lavoratore in altri rami dell'azienda, ivi comprese le eventuali sedi estere).

Alla stregua del ragionamento appena accennato, si può anche dire che il nuovo art. 18 ha inteso, da una parte, rafforzare il concetto originario della legge 604/1966 di vincolare il licenziamento ad un fatto materiale ben preciso che ne costituisce la causale legittimante, ma, per altro verso, ha voluto modulare il regime sanzionatorio (degradato da reintegrazione ad indennità risarcitoria) proprio tenendo conto di come tale fatto può essere oggetto di valutazioni discrezionali per quanto attiene alla sua idoneità a costituire una causa legittimante il licenziamento.

La conseguenza è, quindi, che l'art. 18 attribuisce a tale fatto una duplice rilevanza: a) non solo ai fini di stabilire, in prima battuta, la legittimità del licenziamento per l'idoneità dello stesso fatto ad essere qualificato come giusta causa o giustificato motivo; b) ma anche per selezionare la sanzione in concreto applicabile.

Una distinzione sulla quale sarà necessario avviare un particolare approfondimento per le difficoltà concettuali che essa pone e per le notevoli implicazioni che ne derivano. Un approfondimento che, prudentemente, deve essere rinviato al momento in cui il Parlamento avrà approvato il nuovo art. 18 nella versione che oggi si legge nel ddl.

Allo stato ci si può limitare ad evidenziare la particolare ed inusuale modalità che dovrà essere seguita dal giudice per accertare l'illegittimità del licenziamento e, poi, per individuare la sanzione applicabile.

Una modalità che, probabilmente, nelle prime esperienze applicative potrà creare qualche difficoltà dovuta alla ben nota vischiosità dei concetti che affligge chiunque debba misurarsi con il nuovo.

Si tratta, infatti, di procedere in modo diverso da quello al quale siamo stati fin qui abituati, in quanto oggi si registra una perfetta coincidenza tra l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento e l'individuazione della sanzione da adottare, anche perché quest'ultima opera in automatico, cioè senza la necessità di nessuna specifica ed ulteriore indagine.

Quanto ora evidenziato consente anche di precisare la distinzione e separazione concettualmente della carenza della causale che determina l'illegittimità del licenziamento dal profilo relativo all'individuazione della sanzione applicabile.

Una sorta di sdoppiamento, sul piano teorico (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 o oggettivo. In tale direzione procederà con le modalità praticate dalla nostra giurisprudenza, anche perché le causali che giustificano il licenziamento non hanno subito alcuna variazione e, quindi, non ci si devono attendere al riguardo novità di rilievo.

Una volta che il giudice avrà accertato l'illegittimità del licenziamento dovrà procedere, poi, all'individuazione della sanzione da applicare nel caso concreto sulla scorta dei criteri selettivi stabiliti nel nuovo art. 18.

Si tratta, però, non già di scegliere la sanzione in base ad una discrezionale valutazione del giudice, ma, appunto, di accertare i presupposti legali che rendono applicabile l'indennità risarcitoria onnicomprensiva oppure la reintegrazione.

Tale indagine, sebbene venga condotta con finalità ed in una prospettiva diversa da quella relativa alla declaratoria dell'illegittimità del licenziamento, si nutre degli stessi elementi di fatto e, quindi, non richiede verifiche aggiuntive, essendo coincidente il percorso (lo sdoppiamento del quale più sopra si è detto, aiuta soltanto a comprendere il particolare meccanismo di funzionamento del nuovo art. 18) che conduce il giudice all'accertamento dei fatti posti a base del licenziamento.

Quanto appena accennato detto mette in luce come non sembra assumere particolare rilievo la questione relativa alla ripartizione dell'onere della prova relativamente ai presupposti determinanti per la selezione della sanzione. Infatti poiché essi riguardano il fatto materiale che ha dato luogo al licenziamento tale fatto dovrà essere provato dal datore di lavoro secondo quanto previsto dall'art. 5, legge 604/1966.

In altre parole scrutinando la sussistenza del fatto ai fini di stabilire la legittimità del licenziamento, il giudice acquisirà anche gli elementi necessari per individuare la sanzione applicabile.

Di qui la differenza sostanziale che si deve registrare tra l'indagine finalizzata ad individuare la sanzione applicabile al licenziamento (ritenuto) illegittimo e la questione che il giudice dovrà affrontare quando, invece, il lavoratore intende dimostrare la sussistenza di una natura del licenziamento diversa da quella che appare nella sua comunicazione scritta.

È l'ipotesi espressamente prevista dall'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 18 (*“qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo”*).

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 specifico domanda nell'atto introduttivo del giudizio, ma dovrà anche offrire la prova di ciò che afferma.

Tale prova, peraltro, deve essere fornita con riferimento non solo alla 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 adottato esclusivamente per finalità disciplinari o discriminatorie (secondo l'orientamento della Cassazione cfr., da ultimo, Cass., 18 marzo 2011, n. 6282).

8. Sulla scorta di quanto appena accennato si può osservare che l'innovativa – e per quanto mi riguarda condivisibile – impostazione fatta propria dal nuovo art. 18 muove, come già si è accennato, dall'osservazione delle posizioni assunte dalla giurisprudenza e dalla funzione creativa che essa ha svolto nell'identificazione della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento con le ben note incertezze interpretative in ordine all'accertamento della fondatezza/infondatezza del licenziamento.

In questa prospettiva la soluzione contenuta nel nuovo art. 18 non è quella di comprimere la vivacità creativa della giurisprudenza imponendo ad essa una fattispecie di giusta causa o di giustificato motivo più stringente e neppure quella di intervenire sulla prova di tali causali utilizzando la tecnica delle presunzioni e, quindi, vincolando il giudice a ritenere acclarate le stesse causali nel momento in cui fossero stati accertati alcuni soltanto degli elementi di esse (ad esempio per il GMO: la mancata assunzione di dipendenti con mansioni equivalenti a quelle del lavoratore licenziato), bensì quella di modulare la sanzione applicabile che si prevede più rigorosa ed incisiva (la reintegrazione) se il fatto non sussiste, meno forte (l'indennità risarcitoria) se il giudice ritiene che quel fatto, pur esistente, non sia tale da integrare la causale legittimante il licenziamento.

Quindi la distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo non opera, come si è già detto, in presa diretta sulla legittimità del licenziamento, ma sulla selezione della sanzione applicabile, il che porta ad un'ulteriore riflessione riguardante il rilievo, ancora più marcato di quanto è stato nel passato, che assumerà nella comunicazione del licenziamento l'indicazione del fatto per il quale si licenzia.

Infatti se la comunicazione del licenziamento, ad esempio per GMO, indica come fatto posto a fondamento di tale licenziamento la soppressione di *quel* posto di lavoro. È proprio su questo punto che il giudice dovrà concentrare ed esaurire la verifica finalizzata ad individuare la sanzione applicabile in caso di ritenuta illegittimità del licenziamento.

Lo stesso dovrà avvenire nel licenziamento disciplinare prestando attenzione all'ipotesi in cui l'infrazione contestata al dipendente non riguardi un singolo comportamento, ma una pluralità di condotte. In questo caso il datore di lavoro dovrà specificare se esse assumono rilievo ai fini del licenziamento congiuntamente o disgiuntamente.

In questa prospettiva si coglie anche l'importanza della modifica contenuta nel ddl che impone – intervenendo sull'art. 2, legge 604/1966 – la necessità che la motivazione del licenziamento concorra a perfezionare il requisito della forma scritta (anche se, come più sopra si è accennato, con una diversificazione del regime sanzionatorio più rigoroso per l'assoluta carenza di forma scritta, meno per la mancata specificazione dei motivi).

In questo modo il fatto viene cristallizzato nella comunicazione del licenziamento e su di esso si concentrerà, in prima battuta, la verifica giudiziale della legittimità del licenziamento e, ove questa non sia stata riscontrata non per l'inesistenza dello stesso fatto, ma per la sua l'inidoneità ad integrare la giusta causa o il giustificato motivo, si passerà, in seconda battuta, ad individuare la sanzione applicabile.

Detto in altre parole, una volta assodata la sussistenza del fatto, ciò è sufficiente a scartare l'applicazione della reintegrazione e condannare il datore di lavoro al pagamento dell'"indennità risarcitoria onnicomprensiva" nel caso in cui, ovviamente, non si riscontrino gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo.

Tutto ciò considerato appare superfluo soffermarsi su speculazioni introspettive per chiedersi se tale sanzione indennitaria (magari nella sua misura minima) potrà sortire in sede applicativa l'effetto di una più indulgente (o, addirittura, lassista) valutazione giurisprudenziale della giustificatezza del licenziamento, specialmente di quelli economici, accompagnata dall'attribuzione dell'indennità risarcitoria.

Se così dovesse essere, si finirebbe per realizzare una sorta di compensazione a favore del lavoratore per la perdita dell'occupazione subita a causa delle scelte imprenditoriali del datore di lavoro. Un'applicazione strisciante ed *extra legem* della proposta (o, meglio, di una parte di essa) formulata da Pietro Ichino che, prescindendo dalla valutazione della legittimità del licenziamento economico, ipotizzava di indennizzare il lavoratore per la perdita dell'occupazione.

Ma forse è meglio lasciare questi approfondimenti a rigorose indagini statistiche che potranno essere effettuate solo dopo un apprezzabile periodo di applicazione del nuovo art. 18.

9. Le considerazioni fin qui svolte consentono di affrontare in modo più agevole il tema dell'identificazione delle condizioni che nel caso del licenziamento illegittimo sia disciplinare sia per GMO danno accesso alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Si tratta di un aspetto che, secondo un'ordinata trattazione dei vari profili dell'art. 18, avrebbe dovuto essere collocato ed affrontato ben prima. Il motivo per cui ho, invece, ritenuto di differirne l'esame sta nella convinzione che i vari passaggi argomentativi in precedenza sviluppati hanno dimostrato come tale problema abbia in realtà già trovato una sua *naturale* soluzione, nei termini che di seguito mi limito a sintetizzare.

Intendo dire che se la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della esistenza/inesistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere ed il non essere.

Quanto appena detto riguarda due delle tre condizioni che, in modo netto ed univoco, danno ingresso alla reintegrazione nel posto di lavoro quella prevista con riferimento al licenziamento disciplinare in caso di "insussistenza del fatto contestato" e l'altra collegata al GMO che riguarda la manifesta inesistenza del fatto posto a base di tale licenziamento.

Con la precisazione che nella seconda ipotesi la qualificazione come "*manifesta*" aggiunge poco, sul piano sostanziale, al riscontro materiale dell'insussistenza del fatto che si individua in quanto tale. L'aggettivo, quindi, è finalizzato a colorare e rafforzare proprio la modalità di accertamento del giudice ed anche ad evidenziare che nell'intenzione del legislatore la reintegrazione opera come *extrema ratio*.

Più complessa si pone la questione relativa alla terza condizione prevista con riferimento al licenziamento disciplinare e che viene a concretizzarsi se il "fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Qui, diversamente dalle altre due condizioni, le incursioni della giurisprudenza possono avere conseguenze imprevedibili per l'equilibrio della norma e per valutarne la sua effettiva portata.

Per un verso si potrebbe, infatti, sostenere che il nuovo art. 18 si limita a prendere in considerazione un caso specifico e ben circoscritto che si realizza quando l'infrazione disciplinare è punita con una sanzione conservativa tipizzata dalla legge

o dal contratto collettivo o dai codici disciplinari. In altre parole il giudice dovrebbe accertare lo specifico collegamento tra l'infrazione per la quale il licenziamento è stato adottato e la sanzione conservativa comminata in una delle tre fonti regolatrici del potere disciplinare.

La *ratio* di tale disposizione si spiega proprio nell'ottica più sopra evidenziata. Infatti nel caso in cui la legge o il contratto collettivo hanno esattamente individuato la sanzione applicabile per una determinata infrazione disciplinare, viene meno quell'incertezza che caratterizza l'intervento del giudice nella valutazione del fatto e della sua riconducibilità alle causali elastiche della giusta causa o del GMS. In questo caso illegittimità del licenziamento è meno scusabile, proprio perché è stato risolto a monte il problema del collegamento tra il comportamento del dipendente e la sanzione applicabile, senza che residuino margini significativi d'incertezza. Incertezza che, invece, induce il nuovo art. 18 in tutti gli altri casi a modificare il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, preferendo l'indennità risarcitoria alla reintegrazione.

Ma questa interpretazione potrebbe essere ribaltata osservando che il collegamento del fatto specifico alla sanzione conservativa può essere scrutinato dal giudice utilizzando ed applicando le varie previsioni della legge e tra queste si potrebbe evocare anche l'art. 2106 cod. civ. che investe il giudice dell'indagine sulla gravità dell'infrazione per stabilire la sanzione, conservativa o espulsiva, correttamente applicabile. Con la conseguenza che tale indagine, secondo la consolidata giurisprudenza in materia di art. 2106 cod. civ. (v. *infra*), sarebbe affidata alla discrezionale valutazione del giudice in ordine alla proporzionalità tra infrazione e sanzione.

Com'è noto la specifica questione ora accennata è al centro di un vivace dibattito che è stato sollevato in quanto nella prima versione dell'art. 18, comma 4, approvata dal Consiglio dei Ministri il 23 marzo 2012, la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato per motivi disciplinari poteva essere disposta solo nelle ipotesi tassative: a) di insussistenza del fatto; b) o perché *“il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi applicabili”*.

Nella successiva versione dello stesso art. 18, comma 4, quella trasmessa il 5 aprile 2012 al Senato, veniva modificata la seconda condizione, consentendo di procedere alla reintegrazione se *“il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*.

Non sono lievi le diversità delle due formulazioni e gli effetti che ne potranno scaturire nella concreta applicazione della norma ove fosse approvata dal Parlamento nella versione attuale.

Infatti con la prima formulazione la reintegrazione era ancorata stabilmente alle “tipizzazioni” dei contratti collettivi che, quindi, vincolavano i giudici nella individuazione della sanzione applicabile nel caso di licenziamento disciplinare illegittimo. Con la conseguenza che il lavoratore doveva essere reintegrato se la sua condotta fosse stata specificamente punita dal contratto collettivo con una sanzione conservativa, mentre il datore di lavoro lo aveva licenziato. Viceversa se all’interno del contratto collettivo non fosse stata rintracciabile una specifica previsione sanzionatoria per quella condotta, il giudice, pur accertando l’illegittimità del licenziamento, avrebbe dovuto condannare il datore di lavoro al pagamento dell’indennità risarcitoria onnicomprensiva di cui al comma 5 e non al reintegro.

Con due effetti importanti che ne scaturiscono: 1) dare certezza alla modalità di individuazione della sanzione applicabile perché ancorata a specifiche (in quanto tipizzate) previsioni dei contratti collettivi; 2) esaltare la volontà dei contratti collettivi nella scelta delle sanzioni disciplinari applicabili e punire più severamente il datore di lavoro che, non solo licenzia illegittimamente, ma lo fa in aperto contrasto con la volontà espressamente manifestata nel contratto collettivo e, quindi, con gli equilibri che all’interno di esso le parti stipulanti hanno raggiunto.

Con la seconda formulazione del comma 4 dell’art. 18 – quella che si legge nel ddl presentato al Senato – il criterio di scelta della sanzione applicabile (reintegrazione o indennità risarcitoria) cambia ed al giudice viene affidato il compito di stabilire in base “alle previsioni della legge” se il fatto posto in essere dal lavoratore sia o meno riconducibile ad una sanzione disciplinare conservativa.

Ma, com’è noto, la legge non prevede affatto alcuna tipizzazione del casi che comportano l’applicazione della sanzione conservativa o di quella espulsiva (il licenziamento), ma si affida con l’art. 2106 cod. civ. ad un criterio generale che consente al giudice di valutare discrezionalmente la “gravità” dell’infrazione e, quindi, di stabilire la sanzione (conservativa o espulsiva) applicabile in base ad un criterio di proporzionalità.

In questa prospettiva è importante ricordare che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, da una parte, “in tema di licenziamento, la nozione di giusta causa è nozione legale e il giudice non è vincolato alle previsioni di condotte integranti giusta causa contenute nei contratti collettivi” (così, tra le altre, Cass., 14 febbraio 2005, n. 2906) e, dall’altra, si evidenzia 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 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*". Con l'ulteriore puntualizzazione che consente di comprendere il tipo di indagine demandata al giudice che *"l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 o all'art. 2106 c.c., 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"* (così Cass., 13 dicembre 2010, n. 25144).

Si deve aggiungere che non possono essere considerati casi di tipizzazione stabiliti dalla legge quelli che, in rare occasioni, vietano di sanzionare il comportamento del lavoratore con il licenziamento (ciò avviene non solo nel caso dello sciopero illegittimo previsto dall'art. 4, comma 1, legge 12 giugno 1990, n. 146, ma anche per il lavoratore a tempo parziale che rifiuta di svolgere il lavoro supplementare o di stipulare le clausole elastiche o flessibili, art. 3, commi 3 e 9, d. lgs., 25 febbraio 2000, n. 61). Infatti la tipizzazione si caratterizza proprio per l'opposto, cioè l'individuazione casistica delle infrazioni ed il collegamento di esse con una sanzione anch'essa specificamente individuata (e non, quindi, con un divieto generico).

Volendo sintetizzare la diversità delle due formulazioni, si può dire che con la prima si affermava il primato del contratto collettivo e, quindi, si indirizzava il controllo giurisdizionale sulla corretta applicazione di tale contratto. Con la seconda si capovolge tale impostazione, poiché si attribuisce ai giudici un'ampia discrezionalità – che può anche prevaricare le regole disciplinari stabilite dai contratti collettivi – derivante dall'art. 2106 cod. civ. che, all'interno del richiamo alle "previsione della legge" contenuto nel comma 4 dell'art. 18, non può non assumere un significativo rilievo, quanto meno per la autorevolezza del codice civile

C'è, poi, una diversa questione che richiama l'attenzione dell'interprete attento al dato testuale, la diversità delle formule contenute, rispettivamente, nel comma 4 e 7 dell'art. 18 per quanto riguarda il tipo di decisione che il giudice deve adottare nel disporre la reintegrazione nel posto di lavoro.

Infatti nel comma 7 si afferma che tale reintegrazione "può" essere disposta, mentre nel comma 4 essa è oggetto di una "condanna", senza alternativa.

La diversità terminologica non sembra, però, assumere un rilievo determinate e tale da consentire di affermare, come a prima vista potrebbe apparire, che nel primo caso la sanzione della reintegrazione è vincolante, mentre nel secondo sarebbe rimessa alla valutazione discrezionale del giudice.

Tale affermazione, infatti, è smentita proprio dalla ricostruzione della norma in esame che mette in evidenza quanto già segnalato, vale a dire la tassatività delle condizioni nelle quali la reintegrazione opera. Tassatività che esclude ogni valutazione del giudice che dovrà, invece, limitarsi a verificare la sussistenza o meno delle condizioni indicate nella norma che consentono o sbarrano l'accesso alla reintegrazione.

10. Un cenno merita anche la modifica dell'art. 7, legge 604/1966 che ha introdotto una procedura preventiva al licenziamento per GMO finalizzata a favorire un accordo tra datore e lavoratore che eviti il licenziamento ed il contenzioso giudiziario che ne deriva.

Una prima osservazione di carattere generale consente di evidenziare che con tale procedura preventiva si è, in qualche modo, equiparato il licenziamento individuale per GMO agli altri licenziamenti (disciplinare e collettivo) per i quali è già prevista una procedura anticipata rispetto alla comunicazione del licenziamento.

La procedura, infatti, interpone un intervallo di tempo tra il momento in cui il datore di lavoro manifesta la volontà di licenziare comunicandola al dipendente e quello nel quale tale licenziamento ha effetto.

In questo modo si consente al lavoratore di far valere, anche con l'assistenza del sindacato, i propri interessi in sede precontenziosa, senza però paralizzare il potere del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro.

Quindi un intervallo temporale che si rivela utile per consentire alle due parti di verificare la possibilità di trovare soluzioni alternative al licenziamento.

Tale procedura si lascia apprezzare sia perché è contenuta in un ambito temporale delimitato e non dilatabile a presidio del quale l'art. 7 fissa termini perentori sia perché viene espletata in una sede (la DTL) che offre garanzie di terzietà idonee a favorire un'intesa tra le parti sia, infine, perché vengono previste misure per favorire ed incentivare l'accordo tra le parti. In particolare, per quanto riguarda quest'ultimo aspetto il lavoratore potrà beneficiare dell'AspI in caso di accordo, mentre in assenza di esso il giudice, chiamato a decidere sul licenziamento, valuterà il comportamento delle parti nella fase della procedura.

Tutto ciò dovrebbe incentivare l'accordo tra datore e lavoratore anche perché la sanzione dell'illegittimità del licenziamento per GMO è meramente economica e, quindi, le parti potranno valutare la convenienza reciproca a comporre la controversia ed evitare, così, i costi e le lungaggini del contenzioso giudiziario.

L'unico aspetto negativo è quello che riguarda possibili comportamenti fraudolenti di cui il lavoratore si potrebbe rendere protagonista e che nella pratica quotidiana hanno ormai assunto una frequenza intollerabile.

Si intende alludere al caso della **malattia** che potrebbe colpire il lavoratore al momento della comunicazione dell'apertura della procedura prevista dall'art. 7 con l'effetto di paralizzare l'efficacia del licenziamento che il datore di lavoro ha manifestato l'intenzione di adottare. Ma non solo, l'esperienza applicativa dimostra che la fantasia di chi intende frodare la legge non ha limiti. È, così, accaduto che una donna lavoratrice per mettersi al riparo da un licenziamento annunciato ha provveduto repentinamente alle pubblicazioni matrimoniali per giovare dell'effetto paralizzante che scaturisce da tale pubblicità.

Non c'è che da augurarsi che il legislatore ponga rimedio a tali eventualità con una modifica che faccia retroagire gli effetti del licenziamento al momento in cui è avvenuta la comunicazione alla DTL ed al dipendente della volontà del datore di lavoro di licenziare.

Del resto la norma in esame già sembra contenere *in nuce* una soluzione di questo tipo che consentirebbe all'interprete di sviluppare un'ardita, ma razionale argomentazione.

Ci si dovrebbe, infatti, chiedere se la comunicazione del datore di lavoro trasmessa alla DTL ed al lavoratore ("*per conoscenza*") possa racchiudere gli elementi sufficienti per qualificarla come un vero e proprio atto di recesso in quanto in essa, come la norma prescrive, "*il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo*". Del resto la stessa norma stabilisce, poi, che "*se fallisce il tentativo di conciliazione ..., il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore*". Una precisazione quest'ultima che potrebbe essere intesa nel senso che il datore di lavoro, con il recapito al dipendente del primo atto, ha già esercitato il recesso motivato portandolo a conoscenza del lavoratore (con il che si sarebbe perfezionata la ricezione dell'atto di licenziamento) e, dopo l'esito negativo della conciliazione, si limita ad una mera "*comunicazione*" finalizzata a rendere edotto il lavoratore della volontà di avvalersi degli effetti del recesso già esercitato con la trasmissione della prima comunicazione.

La complessità e le notevoli incertezze del ragionamento e delle argomentazioni a cui si è accennato rendono evidente l'opportunità di un chiarimento in sede legislativa. Un chiarimento che eviterebbe anche di dare la stura a soluzioni bizzarre e poco concludenti, come la comunicazione del licenziamento sottoposto alla condizione risolutiva dell'esito della procedura conciliativa.

11. Un'osservazione merita anche il tema dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale.

Si è già accennato al diversificato regime sanzionatorio previsto dal legislatore per le varie irregolarità del licenziamento collettivo, il profilo al quale si intende ora prestare attenzione riguarda, invece, l'art. 15, comma 2, ddl con il quale si modifica l'art. 4, legge 223/1991 stabilendo che *“gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo”*.

La disposizione è finalizzata a contrastare quel consolidato orientamento giurisprudenziale (anche di recente ribadito dalla già citata Cass., 6 aprile 2012, n. 5582) in forza del quale i vizi della procedura di informazione e consultazione sindacale possono essere fatti valere da ogni singolo lavoratore per inficiare la legittimità del licenziamento anche quando la procedura sindacale si è conclusa con un accordo tra azienda ed OO.SS. che rende evidente il buon fine della procedura stessa.

La nuova disposizione, però, non fugge ogni dubbio in ordine alle modalità attraverso le quali l'accordo sindacale può provocare l'effetto previsto dalla norma di sanare i vizi della procedura sindacale.

Al riguardo un primo aspetto è sufficientemente chiaro: i vizi sanabili sono soltanto quelli che concernono la *“comunicazione”* di apertura della procedura prevista dal comma 2 dell'art. 4, legge 223/1991, vale a dire quelli relativi sia al contenuto della comunicazione e, quindi, alla sua completezza e specificità sia ai termini nei quali deve essere effettuata sia alla ricezione da parte dei soggetti che ne sono destinatari. Mentre restano esclusi dalla sanatoria gli altri vizi che riguardino l'espletamento e la conclusione della procedura ed i termini nei quali essa deve avvenire.

Meno chiare sono, invece, la modalità attraverso le quali si può pervenire alla sanatoria che, come afferma la norma in esame, si realizza “*nell’ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo*”.

Infatti la questione che si pone è se la stipulazione dell’accordo che conclude la procedura abbia sempre e comunque un effetto sanante che, quindi, si realizza di per sé, cioè automaticamente a prescindere da ogni espressa manifestazione di volontà delle parti stipulanti. O, viceversa, se l’accordo offre l’occasione alle parti stipulanti di procedere alla sanatoria dei vizi di cui abbiano avuto consapevolezza e che intendono superare.

Orbene senza voler ripercorrere in questa sede complesse questioni che riguardano la facoltà delle parti di porre in essere negozi di accertamento o di rettificare manifestazioni di volontà con effetto *ex tunc*, in assenza della revoca degli atti già posti in essere e che costituiscono sequenze di un procedimento legale, appare evidente che nella segnalata incertezza interpretativa verranno adottati comportamenti prudenziali improntati a cogliere l’opportunità prevista dalla norma in esame e che, probabilmente, si estrinsecheranno nella formulazione di una dichiarazione ricognitiva del contenuto della comunicazione di avvio della procedura sindacale a seguito della quale le parti stipulanti l’accordo si daranno reciprocamente atto della volontà di sanare ogni relativo errore.

12. Una postilla finale riguarda una tema a me particolarmente caro, quello della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore.

Sarebbe opportuno che il legislatore prendesse posizione sul punto per evitare il ripetersi del ben noto contenzioso che, negli anni ’70, ha caratterizzato la questione relativa all’individuazione del *dies a quo* decorre la prescrizione nel rapporto di lavoro.

Infatti la decorrenza della prescrizione in pendenza del rapporto di lavoro è collegata alla stabilità reale che garantisce il dipendente consentendogli di invocare nel caso di illegittimità del licenziamento la reintegrazione nel posto di lavoro prevista dall’art. 18. Mentre la tutela meramente obbligatoria garantita dall’art. 8 legge 604/1966 comporterebbe il differimento del termine iniziale della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro.

A me sembra che le modifiche all’art. 18 possano continuare a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. Ma, invece di attendere il pronunciamento della giurisprudenza

con i tempi lunghi che esso richiede, sarebbe opportuno che il legislatore fornisse direttamente la soluzione a tale problema che, più degli altri, merita certezza.

13. Un cenno finale deve essere riservato alle innovazioni processuali previste dal ddl (artt. 16-21) nella convinzione della necessaria complementarietà delle stesse con le modifiche sostanziali apportate all'art. 18.

Una convinzione tanto diffusa e generalizzata, quanto – a mio avviso – frutto di una suggestione fondata su una distorta prospettiva di analisi dei problemi del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo e della loro connessione con la durata del processo. Problemi che si pongono innegabilmente, ma in misura non molto diversa da quanto avviene per altri diritti del lavoratore (come ad esempio il trasferimento, la violazione dei beni fondamentali protetti dall'art. 2087 cod. civ., ecc.).

Tale opinione critica si rafforza ulteriormente e si consolida dopo la lettura delle norme processuali contenute nel ddl.

Un esame, sia pur superficiale, di queste norme deve muovere dalla considerazione che già oggi il lavoratore illegittimamente licenziato può utilizzare una gamma, a mio avviso, sufficientemente ampia di strumenti processuali che gli consentono di ottenere dal giudice una rapida decisione sul licenziamento.

Infatti in via generale e ricorrendone le condizioni (la cui carenza nel caso concreto metterebbe in evidenza, del resto, l'inesistenza dell'esigenza di particolare rapidità) il lavoratore può richiedere al Tribunale del lavoro l'emissione di un provvedimento d'urgenza (art. 700 cod. proc. civ.). Esistono, poi, delle situazioni per le quali il legislatore – attesa la particolarità degli interessi che potrebbero risultare compromessi dal licenziamento – già prevede un *iter* processuale accelerato: ad esempio nel caso del licenziamento del dirigente della RSA o RSU (art. 18, comma 7), ma anche in quello più generale del licenziamento adottato per motivi antisindacali contrastabile con il ricorso all'art. 28.

Peraltro lo stato di particolare bisogno del lavoratore licenziato deve anche tener conto – ed ancor più a seguito delle disposizioni contenute nel ddl – dell'erogazione dell'ASpI che garantisce un sostegno al reddito per chi ha perso il posto di lavoro e che, in assenza di particolari condizioni personali o familiari (in presenza delle quali sussisterebbero, però, gli estremi per un ricorso d'urgenza), dovrebbero consentire di agire in giudizio in via ordinaria, sempre che presso il Tribunale del lavoro competente i tempi della trattazione delle controversie siano fisiologici (in caso contrario, però, si ripropone il tema del ricorso in via d'urgenza).

Le osservazioni accennate consentono, allora, di ipotizzare che la durata del processo avente ad oggetto il licenziamento è temibile più per il datore di lavoro (specialmente se di piccole dimensioni) che per il dipendente (che, ripeto, si può avvalere dei mezzi processuali a cui si è fatto cenno). Infatti una sentenza di reintegrazione che intervenga dopo 3/5 anni ed oltre dal licenziamento può comportare per il datore di lavoro un costo (per retribuzioni e contributi) destabilizzante. Ed infatti molti hanno portato proprio questo l'argomento per sollecitare un *iter* processuale più rapido per la trattazione delle cause di licenziamento. Soluzione che, comunque, non risolverebbe il problema residuale della sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro emessa dal giudice di rinvio a seguito della cassazione della sentenza che aveva respinto la domanda del lavoratore.

Ma questa preoccupazione dovrebbe essere oggi fugata con le misure sostanziali adottate dal nuovo art. 18. Infatti, anche nel caso di reintegrazione nel posto di lavoro, l'art. 18, comma 4 pone un tetto al danno risarcibile che non può superare le dodici mensilità e le contribuzioni previdenziali, dovute all'INPS per un arco di tempo superiore, possono essere rateizzate.

Quindi il nuovo art. 18 ed il regime di risarcimento che si aggiunge alla reintegrazione avrebbero dovuto convincere che il problema della durata del processo era, dal lato del datore di lavoro, ormai risolto e per il lavoratore la possibilità di ottenere un provvedimento d'urgenza escludeva la necessità di particolari modifiche processuali.

Inoltre nel nuovo art. 18 la reintegrazione nel posto di lavoro ha un'operatività residuale rispetto all'indennità risarcitoria onnicomprensiva e, per quest'ultima, una "*tutela urgente*" (art. 17 ddl) non ha una vera ragion d'essere.

Sarebbe stato, forse, sufficiente a risolvere ogni problema l'art. 20 ddl e la priorità di trattazione da esso prevista delle controversie di lavoro relative al licenziamento.

Infatti le conseguenze delle nuove disposizioni rischiano di essere ben peggiori delle criticità che si intendevano contrastare.

Non intendo soffermarmi su questioni sistematiche per valutare il disequilibrio di norme inserite nel processo del lavoro riservate al solo art. 18 e precluse ad altre controversie, mi sembra più utile, invece, evidenziare che il processo avente ad oggetto l'applicazione dell'art. 18 si articolerà sostanzialmente in quattro gradi di giudizio (naturalmente contando anche la fase relativa alla "*tutela urgente*" dell'art. 17). Ai quali si aggiunge anche la procedura preventiva finalizzata a favorire la conciliazione nel caso del licenziamento per GMO.

Le disfunzioni, peraltro, riguarderanno anche la trattazione della causa nella fase relativa alla “*tutela urgente*” nella quale la costituzione in giudizio del convenutodatore di lavoro potrà avvenire anche alla prima udienza, rendendo questa udienza poco proficua per la trattazione e destinata, probabilmente, a trasformarsi in un’udienza di mero rinvio per dar modo al giudice ed al difensore del lavoratore di leggere la memoria del convenuto.

Il quadro che così viene a delinearsi è quello di un aggravio di lavoro, una moltiplicazione dei processi che, peraltro, si accompagna ad una oggettiva restrizione della cognizione e della valutazione della controversia da parte del giudice nella fase della “*tutela urgente*” con un’inevitabile compressione del diritto di difesa del datore di lavoro.

Compressione ancora più marcata per le controversie nelle quali “*devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*” (art. 16, ddl) nelle quali, peraltro, il datore di lavoro dovrà misurarsi con le nuove presunzioni relative alla natura subordinata del rapporto di lavoro che il ddl prevede diffusamente e che richiedono un’attività istruttoria complessa e poco compatibile con la “*tutela urgente*” dell’art. 17 che rischia di peggiorare ulteriormente la posizione del datore di lavoro al quale si chiede di vincere la presunzione legale della natura subordinata del rapporto di lavoro e che per far questo non può vedere compresso il proprio diritto di difesa.

Ma in questa prospettiva c’è da segnalare anche la varietà ed articolazione delle domande che, come si è segnalato nelle pagine iniziali, il lavoratore potrà formulare (dalla reintegrazione piena all’indennità risarcitoria in misura ridotta) e la complessità di trattazione e di esame che esse comportano e che mal si concilia con una cognizione da realizzare nei tempi stretti scanditi dall’art. 17 in funzione della “*tutela urgente*” che potrebbe risolversi in una *tutela sommaria*.

A fronte di queste osservazioni critiche una domanda appare meritevole di attenzione, sia pure con tutte le cautele che si pongono in una questione così delicata.

Un intervento legislativo così ampio e complesso come sarà quello sull’art. 18 e, in generale, sul mercato del lavoro non consentiva di ipotizzare l’utilizzazione del modello previsto dall’art. 420-*bis* cod. proc. civ. per provocare un accertamento pregiudiziale sull’interpretazione delle nuove regole da parte della Cassazione, in modo tale da accelerare i tempi altrimenti necessari per pervenire a quell’uniformità interpretativa che è un bene fondamentale per la funzionalità di tali regole ?

C’è un’esperienza vissuta recentemente in materia di contratto di lavoro a termine che dimostra proprio l’utilità di anticipare l’intervento della Cassazione.

Infatti per quanto riguarda le natura delle causali che legittimano l'apposizione del termine, a distanza di oltre dieci anni dal d. lgs., 6 settembre 2001, n. 368, la giurisprudenza della Cassazione ha iniziato a dipanare le questioni interpretative che hanno tormentato la giurisprudenza di merito e la dottrina. Mentre per quanto riguarda il regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo (art. 32, commi 5-7, legge 183/2010), la Cassazione si è potuta pronunciare subito – applicandosi tale norma anche ai giudizi in corso (e pure a quelli pendenti in Cassazione) – con l'effetto di aver potuto ottenere le prime pronunzie della Cassazione dopo pochi mesi dall'entrata in vigore delle norma.

In tal modo i vari problemi interpretativi posti dall'art. 32, comma 5, hanno avuto subito un indirizzo da parte della giurisprudenza di legittimità e ciò, probabilmente, eviterà alla giurisprudenza di merito di dividersi per un decennio senza punti di riferimento.

Del resto la rapidità dell'intervento della Cassazione, realizza in tempi brevi quella certezza che non solo favorisce la corretta funzionalità delle norme, ma evita costi che una società moderna non può più permettersi.