

CARLO CESTER

Prof. ord. dell'Università di Padova

Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le linee guida del progetto governativo. – 3. I quattro livelli di sanzioni per il licenziamento illegittimo. La tutela reintegratoria. – 4. *Segue*. La tutela solo indennitaria. – 5. I vizi del licenziamento. Profili generali – 6. I licenziamenti nulli – 7. I licenziamenti per ragioni soggettive – 8. I licenziamenti per ragioni oggettive: regole sanzionatorie e procedura di conciliazione preventiva – 9. I licenziamenti inefficaci – 10. I licenziamenti collettivi – 11. La revoca del licenziamento

1. E' da tempo ormai che la materia dei licenziamenti e delle sue prospettive di riforma si trova esposta ad un sovraccarico politico e mediatico che certo non ha aiutato una serena discussione sulla opportunità, non scontata, di un intervento legislativo e sui suoi contenuti. Ma la carica ideologica che a torto o a ragione l'ha attraversata fa parte in qualche modo del suo codice genetico: di un codice genetico costruito sugli opposti, dove quella che per i molti è la "madre di tutte le tutele" e il presupposto per l'effettività dell'armamentario inderogabile di tutela del lavoratore, si scopre per altri, forse meno numerosi ma non meno decisi, tallone d'Achille dell'economia e freno per gli investimenti stranieri. Ogni intervento normativo rappresenta, a ben guardare, un compromesso. E quello che ha preso il via con il disegno di legge governativo n. 3249 del marzo 2012 – accreditato di elevate probabilità di arrivare in porto per una congiuntura politica ancor oggi di singolare favore – non è da meno. Anzitutto, perché parte di un disegno riformatore più vasto, nel quale l'intervento sulla cosiddetta flessibilità in uscita andrà (o dovrebbe andare) a bilanciare talune rigidità introdotte in entrata. In secondo luogo perché comunque i cedimenti sugli snodi portanti dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori hanno richiesto, nella pur breve (ma sarebbe meglio dire abbreviata) trattativa del governo con le parti sociali, compensazioni e aggiustamenti anche all'interno della stessa disposizione.

Ovvio, pertanto, che le proposte di riforma si trovino a coniugare linee di politica del diritto eterogenee e portino insieme scelte talora contraddittorie fra di loro, che si riflettono in un testo particolarmente elaborato e complesso, spesso di difficile interpretazione: in sintesi, come già si è malignato, poco o nulla traducibile in inglese, s'intende nell'inglese degli investitori stranieri ai quali si voleva spianare la strada.

Ci sarà tempo, se e quando il progetto diverrà legge, per ricostruire e sistematizzare una disciplina di impatto indubbiamente rilevante, come quella in cantiere, nelle sue relazioni tanto con il diritto civile generale, quanto con il microsistema speciale già oggi riconoscibile in materia di

cessazione del rapporto di lavoro¹. In questa sede, ora, mi sembra prioritario tentare una prima lettura, certo ancora affrettata e approssimativa, delle disposizioni (art. 1, commi da 37 a 46) che, pur non toccando almeno direttamente la disciplina dei presupposti del licenziamento, ne riscrivono dalle fondamenta il regime sanzionatorio. Un lavoro di tipo anche esegetico – a torto quasi sempre bollato come oscuro – nel quale il giurista non può sicuramente perdersi, ma con il quale altrettanto sicuramente non può mancare di misurarsi.

2. Fin dai primi annunci in ordine al progetto di intervento sulla flessibilità in uscita è apparso chiaro che l'obiettivo di riforma si sarebbe focalizzato essenzialmente sull'art. 18 dello Statuto, a torto o a ragione considerato il nodo cruciale in materia; e non a caso ne è stata modificata la rubrica, non più limitata alla «*Reintegrazione nel posto di lavoro*», ma, in prospettiva ben più ampia, coinvolgente la «*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*», dove peraltro la maggiore ampiezza si riferisce agli ambiti e non certo allo spessore della tutela. Strada facendo, però, ci si è accorti che un intervento così incisivo sull'art. 18 avrebbe determinato ripercussioni significative anche su altri capitoli della complessa disciplina dei licenziamenti: in particolare, sul capitolo dei licenziamenti collettivi, che con la legge n. 223 del 1991 vi attingeva a piene mani per l'individuazione delle conseguenze sanzionatorie delle nuove regole da essa poste, e, non ultimo, sul capitolo relativo al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per il quale il rinvio secco dell'art. 51, comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001 allo Statuto dei lavoratori senza limiti dimensionali avrebbe ovviamente significato applicazione anche in quell'ambito della progettata riforma dell'art. 18.

Come si stiano orientando le cose è ormai noto, anche se, con riguardo alla seconda questione, il modo è tutt'altro che tranquillizzante. Se infatti la disciplina del licenziamento collettivo viene da subito adattata alla riforma dell'art. 18 (*infra*, par. 10), non altrettanto si può dire per quanto concerne il lavoro pubblico, per il quale si è ritenuto di rimediare (alla iniziale, presumibile dimenticanza) con l'introduzione di un articolo (art. 1, comma 7) che solleva assai più problemi di quanti ne risolva. Tale norma invero esclude, implicitamente ma chiaramente, la diretta applicazione della riforma al rapporto di lavoro pubblico, vanificando il rinvio di cui al citato art. 51, nella direzione, ormai presa da tempo,

*Questo scritto riprende – con modifiche e approfondimenti, nonché con gli aggiornamenti al testo del disegno di legge come approvato dalla Commissione lavoro del Senato in data 23 maggio 2012 e, da ultimo, come approvato dal Senato con il voto di fiducia del 30 maggio 2012 – la relazione svolta il 4 maggio 2012 presso l'Università di Parma al convegno “*Le proposte di riforma in materia di licenziamento*” e sarà pubblicato su *ADL*. Sono state aggiunte solo alcune note sui contributi finora letti sul disegno di legge (all'ultima ora, M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, versione provvisoria della relazione al futuro congresso AIDLASS 7-9 giugno 2012, contributo del quale non ho potuto tener conto se non per alcune brevissime considerazioni di carattere generale).

¹ Chi scrive ha avuto la (s)ventura di aver ultimato, non più di tre mesi fa, la correzione delle seconde bozze di un lungo saggio su “*Le tutele*”, destinato al Volume V (*L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*) del Trattato di diritto del lavoro diretto da M. PERSIANI E F. CARINCI. Il tentativo di forzare la direzione e l'editore per una pubblicazione immediata è fallito e, ahimè, il saggio andrà per buona parte riscritto.

di una sempre più marcata ripubblicizzazione del rapporto medesimo. Per di più, lo fa in modo maldestro, lasciando supporre che, a dispetto dell'art. 1, comma 42, lettera *b* del d.d.l. (che sostituisce i commi dal primo al sesto dell'art. 18), quella parte dell'art. 18 resti ancora in vigore, appunto per il lavoro pubblico, destinata tuttavia ad essere adattata, in base ad un procedimento regolativo quanto mai nebuloso sia con riguardo alle fonti (un incerto *mix* di atti normativi e amministrativi), sia con riguardo ai contenuti, non risultando facile comprendere come nel complicato assetto del nuovo art. 18 possano individuarsi quei “principi e criteri” ai quali il futuro adattamento dovrà ubbidire².

Tornando all'area del lavoro privato, c'è da osservare che il prendere a centro esclusivo di riferimento l'art. 18 – cui solo, in effetti, è da imputare quella reintegrazione che si ritiene di dover ridimensionare – e l'accantonare perciò ogni questione relativa alla legge n. 604 del 1966, non solo perpetua la discutibile diversificazione tra un'area di tutela tutto sommato ancora abbastanza forte e un'area di tutela indiscutibilmente debole, ma rischia di introdurre nuove distonie in un sistema proiettato verso una tendenziale onnicomprensività quanto a tipologie di licenziamento illegittimo e relative conseguenze sanzionatorie. Si pensi, a tale proposito, all'esclusione, nell'area di applicazione della legge n. 604 del 1966, sia della procedura di preventiva conciliazione per il caso di giustificato motivo oggettivo (art. 1, comma 40 del d.d.l., con la stranezza di una norma introitata in una legge – la legge n. 604 – per un ambito di applicazione che però non è quello della legge medesima, ma quello di un'altra legge), sia del nuovo strumento processuale di tutela urgente disciplinato dall'art. 1, commi da 47 in poi: due esclusioni che, a ben guardare, non sembrano trovare adeguata giustificazione nella diversità della tipologia di tutela, tanto più in una prospettiva, com'è quella del progetto, nella quale, come subito si dirà, la tradizionale distinzione fra tutela obbligatoria e tutela reale è stata rimescolata e riorganizzata su basi ulteriori e diverse da quelle segnate dal vecchio, rispettivo ambito di applicazione, perdendo così almeno parte del suo significato originario.

Ma, al di là di queste considerazioni generali, vediamo quali possono essere indicate come le linee guida del progetto.

La più significativa fra esse sta, come ormai rilevato da tutti i primi commentatori, in una profonda revisione delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, messe in diretta connessione, nel disegno di legge, con le ragioni, o “causali” del licenziamento. La dimensione numerica – ancora riferita tanto all'intera organizzazione, quanto alle sue articolazioni interne, con, peraltro, una probabile sdrammatizzazione delle ben note incongruità e disparità – rileva al solo scopo di segnare il confine con l'ambito di applicazione della tutela obbligatoria “classica”, che non viene

² Adattamento che, peraltro, il pressoché immediato accordo siglato l'11 maggio scorso fra il Ministro per la Pubblica Amministrazione (in malcelata polemica con il Ministro del Lavoro) e le organizzazioni sindacali si annuncia, nell'ambito della disciplina dei licenziamenti, come sostanzialmente annacquato, orientato com'è, quell'accordo, a garantire, in tema di licenziamenti, un semplice riordino delle tipizzazioni dei motivi disciplinari, senza alcun riferimento ai profili sanzionatori.

modificata, mentre l'area della vecchia tutela reale subisce un processo di frantumazione e di metamorfosi, trovandosi scomposta in ben quattro livelli sanzionatori, nei quali si mescolano e si riarticolano la (vecchia/nuova) tutela reale e una nuova tutela indennitaria, e ciò appunto in dipendenza non più della dimensione occupazionale ma delle ragioni – deve intendersi *effettive* – del licenziamento.

La scelta di far dipendere il nuovo e variegato apparato sanzionatorio dalle diverse ragioni del licenziamento, da taluno salutata come novità positiva³, è stata per lo più oggetto di forti critiche, perché in tal modo il datore di lavoro potrebbe scegliere il terreno e le armi della contesa, optando per la motivazione a sé più conveniente, quella cioè per la quale, in caso di illegittimità, sia prevista la sanzione più morbida, in particolare – si è detto – potendo accedere ad un'area di libera recedibilità sanzionata solo economicamente «grazie ad un fatto proprio»⁴. Inoltre, la precisa individuazione delle ragioni del licenziamento sarebbe tutt'altro che facile, quanto meno ove tali ragioni siano legate a profili meramente soggettivi quando non addirittura psicologici. Non mi pare però che tali critiche siano decisive.

Non lo sono con riguardo a quest'ultimo profilo, nel senso che non è certo questa riforma a rendere problematica l'emersione dei motivi discriminatori o in generale illeciti, intesi tradizionalmente quali moventi soggettivi dello strumento negoziale: quei motivi, in realtà, non tipizzano il licenziamento, ma sono oggetto di specifico divieto⁵, o perché appunto discriminatori o illeciti in generale o perché presunti tali (con presunzione relativa) allorché vi sia, secondo la legge, una qualche “contiguità” con il matrimonio o con la maternità o la paternità. E quando il lavoratore intende far valere la violazione dei divieti, o è aiutato, ora come in futuro, dalle presunzioni, oppure è a suo carico, ora come in futuro, la prova della discriminazione o dell'illiceità. Che se, poi, si volesse sottolineare come tale onere possa risultare facilitato, nel caso di discriminazione, dall'utilizzazione della prova statistica (ad es.: art. 4, comma 5, della legge n. 125 del 1991)⁶, si può replicare che la “sicurezza” della reintegrazione, ai sensi del disegno di legge, solo in questa ipotesi, potrà anche

³ Da ultimo, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, p. 18, che individua una delle caratteristiche salienti del progetto nella separazione fra il problema dell'accertamento della illegittimità del licenziamento e quello della applicazione della (diversa) sanzione, anche se le due prospettive, alla fine, si saldano fra loro.

⁴ Così C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, p. 3 della bozza, di prossima pubblicazione in *Corriere giur.* Analogamente P.G. ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, p. 3 ss.

⁵ F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, di prossima pubblicazione in *Lav. giur.*, 2012, fasc. 5, p.19

⁶ In tal senso M. PAPALEONI, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro*: “Mons tremuit, et mus parietur, diffuso da <tgustella@lex.unict.it>

configurare l'allegazione di discriminatorietà come *routinaria*⁷, ma ciò non sembra possa determinare un aumento del tasso di accoglimento delle impugnazioni dei licenziamenti⁸.

Ma le critiche sopra richiamate mi sembrano non convincenti anche con riferimento alle altre ipotesi, nelle quali realmente viene in considerazione una tipizzazione delle ragioni del licenziamento, da intendersi, come tradizionalmente vanno intese, alla stregua di veri e propri presupposti per la legittimità del licenziamento. Il problema, infatti, resta quello della qualificazione delle ragioni dello stesso sulla base delle allegazioni e delle prove fornite in giudizio dal datore di lavoro, senza peraltro che possa essere dimenticato il principio della immutabilità dei motivi, ora rafforzato dalla necessaria motivazione contestuale del licenziamento (art. 1, comma 37 del d.d.l.). Ma la immutabilità dei motivi ha la funzione di sterilizzare possibili manovre diversive del datore di lavoro e non esclude affatto – né ora, né dopo la riforma – che, in esito all'istruttoria, il giudice possa accertare che le ragioni effettive del licenziamento sono diverse da quelle manifestate, donde la possibile ridefinizione del vizio.

Se così è, non mi pare proficuo domandarsi se la riforma conferisca rilievo alla simulazione anche dell'atto unilaterale, che l'art. 1414, comma 3 c.c. ammette solo in presenza di un accordo fra il dichiarante e il destinatario dell'atto, accordo che nel caso del licenziamento non è certo configurabile; né mi sembra necessario riaprire il (sempre difficile) discorso sull'abuso del diritto. In realtà, o si è in presenza di motivi illeciti che, ancorché (ovviamente) non esplicitati dal datore di lavoro, si dimostrino esistenti, con piena applicazione proprio della conseguenza sanzionatoria che il datore medesimo avrebbe voluto evitare; ovvero si tratta semplicemente di riqualificare e ridefinire le motivazioni addotte secondo quanto emerso dal processo.

Tutto ciò, peraltro, non significa affatto che le cose non siano destinate a cambiare – in peggio, per il lavoratore – in conseguenza del peculiare rilievo assegnato alle causali del licenziamento. Ed infatti, una significativa differenza c'è eccome, ove si ponga mente all'operare dei meccanismi probatori. Oggi, la regola della necessaria giustificazione (art. 1 della legge n. 604 del 1966) combinata con quella circa l'accollo del corrispondente onere probatorio al datore di lavoro (art. 5) fa sì che il mancato assolvimento di tale onere conduca direttamente all'applicazione della tutela reale, tanto che il lavoratore avrà interesse a dimostrare motivi discriminatori o illeciti allo scopo di convalidare indirettamente l'assenza di una seria giustificazione, mentre si troverà a giocare tutto su discriminazione o illiceità solo nel caso in cui una diversa giustificazione venga addotta e appaia probabile che sarà dimostrata. In base al progetto di riforma, invece, il mancato assolvimento dell'onere probatorio in ordine alla giustificazione non garantisce la reintegrazione se non in ipotesi

⁷ Ancora M. PAPALEONI, cit.

⁸ Tutta diversa la prospettiva fatta propria, da ultimo, da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 21 ss., su cui brevemente *infra*

tutto sommato limitate, in qualche misura drammatizzando la prova, a carico del lavoratore, della discriminazione.

Ulteriori critiche, più pertinenti a mio avviso di quella appena discussa, concernono semmai la scomposizione di due delle tipizzazioni delle ragioni del licenziamento (giustificato motivo soggettivo e oggettivo) in altrettante sottoipotesi, ognuna fornita di diverse conseguenze sanzionatorie. Fermo restando il dubbio – a prima vista da scartare, ma che successivi approfondimenti potrebbero alimentare – che la riforma possa incidere, sia pur indirettamente, sulle stesse causali, cioè sui presupposti di giustificazione, è facile prevedere che qui davvero la riforma creerà non pochi problemi alla sua applicazione.

Un'altra caratteristica peculiare del progetto, sempre nell'ambito della rilevanza delle ragioni del licenziamento (ivi compresa l'ulteriore articolazione interna di cui si è detto), sta nell'aver graduato le conseguenze sanzionatorie in relazione allo spessore della illegittimità, intesa peraltro soprattutto come illegittimità dal punto di vista sostanziale: a parte il caso del licenziamento orale, le violazioni di tipo formale o procedimentale escono dal progetto notevolmente alleggerite, nell'implicito presupposto che i vizi di forma non possano essere sanzionati in modo più rigido dei vizi di sostanza. Un presupposto, questo, che, seppure conforme ad un'opinione dottrinale abbastanza diffusa, non sembra cogliere la funzione di trasparenza e di garanzia cui quelle regole assolvono e che perciò portano ad escludere una comparazione e graduazione di tipo meramente quantitativo: la diversità sembra essere di tipo strutturale (e funzionale al tempo stesso), come da tempo ha messo in rilievo la Corte costituzionale con particolare riferimento alla nota questione del licenziamento disciplinare.

Altra nota caratterizzante il progetto è costituita dall'ambizione, ad esso sottesa, di disegnare una copertura totale sul piano sanzionatorio delle ipotesi di licenziamento illegittimo, tutte ricondotte sotto la (sempre più variegata) disciplina speciale del "microsistema" dei licenziamenti, nel quale vengono assorbite classiche fattispecie del diritto comune, come la nullità per generale contrarietà alla legge o l'illiceità del motivo: fra la vecchia tutela obbligatoria, rimasta invariata, e la complessa articolazione sanzionatoria del nuovo art. 18 non dovrebbero rimanere terreni non presidiati. In realtà, l'obiettivo della completezza è mancato, perché, come si vedrà più avanti, restano degli ambiti nei quali va ancora applicata la cosiddetta tutela reale di diritto comune, con conseguenti incongruenze e disparità.

Pur non essendo mai venuta realmente in discussione la proposta di Pietro Ichino di affrancare del tutto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dal controllo giudiziale gravandolo però di un costo fisso a garanzia del lavoratore licenziato, l'idea di assicurare indirettamente alle imprese, attraverso la revisione dei profili sanzionatori, una maggiore libertà di movimento nel determinare dimensioni e assetti produttivi e organizzativi, oltre ad una maggiore prevedibilità di costi, ha costituito uno dei punti qualificanti del progetto. Il tormentato *iter* del disegno di legge lo ha in qualche

misura annebbiato, ma non certo stravolto. E così, se va registrato un certo ammorbidimento della disciplina sanzionatoria, quella maggior flessibilità è stata perseguita anche attraverso strumenti in qualche misura alternativi, come risulta dall'introduzione della procedura di conciliazione preventiva rispetto al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e, per certi aspetti, dal rafforzamento dell'accordo sindacale in sede di procedura per licenziamento collettivo, in ragione dell'efficacia sanante dei vizi di comunicazione attribuita all'accordo medesimo (ma si veda *infra*, par. 10).

Indubbiamente stravagante rispetto ai complessivi orientamenti in materia di licenziamento, ma astrattamente funzionale rispetto alle nuove forme di sostegno al reddito, appare invece l'imposizione di un contributo fisso per il finanziamento della nuova assicurazione sociale per l'impiego (ASpI), dovuto «In tutti i casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per causa diversa dalle dimissioni» (art. 2, comma 31) e quantificato nel 50 per cento del trattamento mensile iniziale di ASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni. Sta di fatto che l'imposizione di tale contributo con carattere di generalità appare non poco criticabile tutte le volte in cui lo stato di disoccupazione non sia stato determinato da atto illegittimo del datore di lavoro: non si vede perché il contributo non sia dovuto quando il lavoratore si dimette o quando le parti risolvono consensualmente il rapporto (caso, quest'ultimo, che potrebbe risultare nei fatti incentivato in funzione transattiva, con dirottamento del contributo a beneficio del lavoratore), ma sia dovuto quando il licenziamento sia indiscutibilmente legittimo, magari per una gravissima mancanza del prestatore di lavoro.

3. Come già anticipato, il disegno di riforma dell'art. 18 frantuma, modificandola e riarticolandola, quella che a tutt'oggi è la tutela reale, introducendo elementi di tutela solo di tipo indennitario e individuando, su tali basi piuttosto incerte, ben quattro livelli di conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo; in secondo luogo, attribuisce alle diverse ipotesi di illegittimità legate alle causali del licenziamento medesimo uno, e talora più livelli di tutela. La materia sembra potersi rappresentare come un asse cartesiano, nel quale ascisse e ordinate, cioè sanzioni e ragioni di illegittimità, si distinguono e si contrappongono, ma al contempo si combinano individuando, alla fine, il punto di intersezione che esprime il livello di protezione di volta in volta apprestato a beneficio del prestatore di lavoro. In realtà, le cose sono più complicate, perché ciascuna delle fattispecie di licenziamento illegittimo in base alla "causale" può essere incasellata in più d'uno dei vari livelli di tutela, a seconda di quale venga effettivamente accertato essere la ragione del licenziamento, in una combinazione che talora sembra sfuggire al controllo del legislatore.

Conviene anzitutto individuare i quattro livelli di tutela (per il lavoratore) e di sanzioni (per il datore di lavoro), riservando ad una successiva analisi la collocazione, in ciascuno dei livelli, o in una pluralità di essi, delle varie ipotesi di illegittimità.

a) Il primo livello è disciplinato dai nuovi primi tre commi dell'art. 18 e corrisponde, con qualche variante e con l'aggiunta di significative precisazioni in ordine a problemi a tutt'oggi discussi, all'attuale tutela reale, nel suo profilo reintegratorio e nelle sue conseguenze risarcitorie. Le varianti più significative riguardano, in realtà, il carattere onnicomprensivo delle ipotesi di illegittimità coperte dalla disposizione, e se ne parlerà fra poco. Ma ci sono varianti anche con riguardo alle caratteristiche e allo spessore della tutela, tutela che esce per qualche aspetto addirittura rafforzata rispetto all'attuale disciplina.

Nulla di nuovo per quanto concerne la tutela reintegratoria. Resta l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, ma restano i problemi circa la sua effettività. D'altro canto, in un progetto avente come obiettivo il ridimensionamento della tutela reintegratoria medesima non c'era da aspettarsi che si mettesse mano all'art. 614-*bis* c.p.c., rimediando alla clamorosa e del tutto ingiustificata esclusione delle controversie di lavoro dalla previsione dell'*astreinte*, cioè della misura compulsiva dell'adempimento delle obbligazioni di fare infungibili.

Due novità riguardano le conseguenze risarcitorie.

La prima concerne la retribuzione che va presa a parametro per la determinazione dell'indennità risarcitoria: retribuzione che ora è l'ultima, cioè riferita al rapporto come cristallizzato al momento del licenziamento, senza considerare la sua possibile evoluzione (interessi e rivalutazione a parte). Una soluzione, questa, che fa il paio con quanto previsto nel (a suo tempo) novellato art. 8 della legge n. 604 del 1966; solo che in quest'ultimo ambito il rapporto si è definitivamente estinto con il licenziamento e il parametro retributivo non può essere diverso, mentre nella tutela reale il rapporto prosegue nonostante il licenziamento, e dovrebbe essere garantito nella sua effettiva evoluzione.

La seconda novità sta nella espressa previsione della detrazione dall'indennità risarcitoria di quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. Le ricadute sono almeno tre.

Anzitutto, diventa ormai incontrovertibile che l'indennità vada determinata secondo i criteri generali in tema di risarcimento del danno, primo fra tutti quello della effettiva sussistenza del danno medesimo e della sua stessa imputabilità al datore di lavoro, salvo il limite minimo delle cinque mensilità, che peraltro continua ad assicurare il carattere polifunzionale del risarcimento (da intendersi, in questo caso, come sanzione giustificata dal rischio d'impresa): sarebbe, infatti, del tutto incompatibile con la nuova versione della norma, continuare a pensare che l'art. 18 introduca un criterio autonomo e forfettario di determinazione del danno, svincolato dalle regole del diritto comune,

e ciò resta fermo, norma alla mano, nonostante l'applicazione di quelle regole possa portare, in controtendenza rispetto alla *ratio* originaria della disposizione, ad una riduzione anche sensibile della tutela economica per il lavoratore illegittimamente licenziato.

In secondo luogo, non può passare inosservato il confronto con la disciplina del secondo livello di tutela (su cui *infra*), nel quale la detrazione investe espressamente anche l'*aliunde percipiendum*, cioè quanto il lavoratore avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza. La differenza non può essere casuale, né, a ben guardare, appare del tutto ingiustificata: in tutte le ipotesi di licenziamento "odioso", al lavoratore deve essere data comunque la garanzia del risarcimento pieno, senza l'imposizione di comportamenti attivi volti a contenere il danno; come a dire che il principio di solidarietà cui è informato l'art. 1227, comma 2, c.c. non ha ragione di essere applicato allorché l'autore del danno abbia pesantemente violato principi di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà.

La terza ricaduta è, a dire il vero, assai più problematica. La formula imperativa che lega la deduzione dell'*aliunde perceptum* direttamente al procedimento di determinazione del danno ad opera del giudice, potrebbe indurre a ritenere introdotto un vero e proprio obbligo, a carico di quest'ultimo, di operare la detrazione, con conseguente vizio della sentenza che non l'abbia fatto, andandosi così ad incidere su un assetto ormai consolidato circa la individuazione e ripartizione degli oneri di allegazione e di prova, nonché sulla ammissibilità o meno delle cosiddette prove "esplorative". Il fatto è che in questo modo il processo finirebbe per assumere connotati di tipo inquisitorio, ragion per cui appare preferibile la soluzione negativa: i poteri istruttori del giudice si potranno sviluppare solo sulla base delle allegazioni delle parti.

Il progetto di riforma contiene, poi, due significative innovazioni – o, se si preferisce, precisazioni – in ordine all'indennità sostitutiva della reintegra, regolata dal nuovo terzo comma dell'art. 18. Vengono infatti risolte due questioni che avevano sollevato vivaci discussioni sia in dottrina che in giurisprudenza: l'individuazione del meccanismo di opzione per l'indennità sostitutiva e del relativo termine, e l'individuazione del momento estintivo del rapporto in caso di esercizio dell'opzione.

La prima questione, come noto, deriva da una infelice formulazione dell'attuale comma 5 dell'art. 18, che stabilisce la (medesima) conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro allo spirare, apparentemente congiunto, di due termini della stessa ampiezza (30 giorni), ma aventi decorrenza iniziale diversa (e solo casualmente coincidente): quello per rispondere positivamente all'invito del datore di lavoro e decorrente dall'invito medesimo, e quello per chiedere l'indennità sostitutiva, decorrente dalla comunicazione dell'avvenuto deposito in cancelleria della sentenza. La soluzione, da tempo consolidata, si basa sulla considerazione che questo secondo termine va inteso

solo come termine finale massimo, oltre il quale l'indennità viene irrimediabilmente perduta, ma che è suscettibile di essere anticipato allorché, con l'invito a riprendere servizio, il datore di lavoro in un certo senso interpelli il lavoratore sulle sue intenzioni. E così, il nuovo comma 3, riproducendo le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza, conferma il termine di 30 giorni, ma lo fa decorrere, alternativamente, dalla comunicazione dell'avvenuto deposito o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore.

La seconda questione – quella circa il momento di cessazione del rapporto – viene invece risolta in senso opposto ad orientamenti ormai consolidati sia della Corte di Cassazione, sia della Corte costituzionale. Mentre queste ultime sono saldamente assestate nel ritenere che solo con il pagamento dell'indennità il rapporto viene a cessare, il progetto di riforma stabilisce che la semplice richiesta determini la cessazione. Non è questa la sede per una valutazione approfondita di quest'ultima scelta normativa. Si può solo osservare che essa, pur dando applicazione ai principi in materia di obbligazioni (che portano all'estinzione per volontà dello stesso lavoratore dell'obbligo di reintegra e alla conseguente inconfigurabilità di un danno da risarcire), rischia tuttavia di tradire in qualche misura il senso dell'istituto dell'opzione, con il quale, in base ad una sorta di condizione non espressa, si dà al lavoratore la possibilità di scambiare l'obbligo di reintegrazione (al quale egli si dichiara, in astratto, non più interessato) con la concreta ed effettiva soddisfazione del diverso interesse, economico, tipizzato dalla norma. Ma l'interpretazione della norma non lascia certo spazi. C'è infine da segnalare la conferma della esclusione dell'indennità sostitutiva dalla contribuzione previdenziale, in quanto somma erogata per la cessazione del rapporto.

b) Il secondo livello di tutela può qualificarsi di tutela reale ridotta, dove la reintegrazione non viene toccata, mentre la riduzione concerne, da un lato, le conseguenze risarcitorie a beneficio del lavoratore e, dall'altro lato, gli altri oneri a carico del datore di lavoro in caso di licenziamento illegittimo.

Le modifiche più incisive sono certamente le prime. Esse incidono sulle regole generali in tema di risarcimento del danno, per un verso cancellando, con l'abolizione della misura minima delle cinque mensilità, quella che a tutt'oggi costituisce una norma speciale rispetto alla disciplina comune (con finalità sanzionatoria giustificata, come sopra ricordato, dal rischio d'impresa); per altro verso iniettando nella disposizione una massiccia dose di specialità, con la previsione di una misura massima del risarcimento, quantificata in 12 mensilità e tale perciò, in molte situazioni (sempre più frequenti in un quadro occupazionale asfittico come quello attuale e, prevedibilmente, anche futuro), da minimizzare il costo dell'atto illegittimo (anche pesantemente illegittimo, come si vedrà) del datore di lavoro, e tale da compromettere interessi anche vitali del lavoratore.

Il fatto è che la questione del risarcimento del danno va a toccare un nervo scoperto più che dell'art. 18, della sua applicazione concreta, applicazione in realtà legata, oltre che alla norma in sé, a ragioni diverse, cioè a quei fattori esterni – la lunghezza del processo e la situazione del mercato locale in funzione della rioccupabilità del lavoratore licenziato – che ne possono pesantemente condizionare l'impatto. Ragioni, queste, che non sembrano essere sfuggite al progetto in discussione, che in qualche modo cerca di porre rimedi almeno al primo dei due condizionamenti, agendo sul fronte processuale: oltre alla ulteriore riduzione del termine per l'impugnazione giudiziale del licenziamento (da 270 a 180 giorni), attraverso l'introduzione di una procedura di tutela urgente e di una sorta di corsia preferenziale per le controversie in tema di licenziamenti. Tutto da inventare, invece, è un efficace intervento sul secondo dei condizionamenti, tale non potendosi intendere l'approccio (peraltro proiettato prevalentemente nel futuro) al tema degli ammortizzatori sociali. Ma si tratta di questione che, con tutta evidenza, travalica il tema dei licenziamenti illegittimi.

Quel che resta, però, è la scelta, fatta subito e dunque prima di verificare il funzionamento delle nuove norme processuali (e con le iniziative contro la disoccupazione ancora lontane), di limitare il risarcimento spettante al lavoratore, forfetizzandolo nella misura massima. Il che significa che, se quegli antidoti non funzioneranno o funzioneranno in modo inadeguato, graveranno sul lavoratore sia la lunghezza del processo⁹ (e una certa lunghezza, stanti i tre gradi di giudizio, è del tutto fisiologica nonostante la "tutela urgente" ora introdotta), sia la situazione del mercato locale ad alto tasso di disoccupazione, che priverà il lavoratore, passati i primi dodici mesi, di ogni sostentamento, posto che l'eventuale prestazione di disoccupazione fruita in seguito al licenziamento, diventerà indebita una volta che il licenziamento medesimo sia stato annullato e dovrà essere restituita all'ente previdenziale erogatore. Conseguenze, queste, che hanno sollevato perplessità¹⁰, restando poi aperta la questione se il risarcimento forfetizzato nel massimo vada a coprire solo il periodo precedente la sentenza¹¹, o anche quello successivo, fino alla effettiva reintegrazione.

Come sopra già rilevato, il secondo livello di tutela prevede la detraibilità anche dell'*aliunde percipiendum*: affermazione, questa a tutt'oggi non scontata in dottrina ed anzi contrastata da chi ha ritenuto di escluderla qualificando il danno dovuto in seguito al licenziamento illegittimo come danno solo da lucro cessante. Ma l'intervento di riforma è chiarissimo, restando tuttavia aperto il problema di capire cosa significhi il dedicarsi «con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione», vista

⁹ F. CARINCI, *Complimenti* cit., p. 15

¹⁰ C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità*, cit., p. 3 e nota 9, nella quale, richiamando l'analogo problema posto dall'art. 32, comma 5 della legge n. 183 del 2010 in tema di contratto a termine nullo, sembra prospettarsi anche per il caso del licenziamento una interpretazione correttiva della norma che circoscriva l'effetto limitativo del risarcimento al periodo corrente dal licenziamento all'introduzione della causa. Ma, fermi restando i dubbi di costituzionalità (non convincentemente fugati, nell'analogo caso del contratto a termine, da Corte cost. n. 303/2011), il testo è troppo chiaro per autorizzare una siffatta interpretazione.

¹¹ In tal senso, A. MARESCA, *Il nuovo regime* cit., p. 13

l'inevitabile discrezionalità nell'individuare strumenti e modalità di quella ricerca, e vista, soprattutto, la non facile individuazione di quale sia la nuova occupazione che il lavoratore ha l'onere di ricercare e quale sia l'occupazione che egli, pur avendola trovata, abbia il diritto di rifiutare. Ma si tratta di problemi non nuovi, che l'espressa menzione non risolve. Quanto poi alla tecnica normativa usata circa i meccanismi per l'introduzione della detrazione, essa è la stessa del comma 1, donde la riproposizione, anche in questa ipotesi, del problema della prova e dell'eventuale vincolo per il giudice ad acquisirla d'ufficio, ferma restando l'allegazione.

Il comma 4 si chiude con uno sconto ulteriore per il datore di lavoro, che è tenuto a versare i contributi previdenziali dal licenziamento fino alla effettiva reintegrazione, maggiorati però soltanto degli interessi legali, e dunque senza applicazione delle (normalmente pesanti) sanzioni (civili) per il ritardo. La norma non ha altra giustificazione che quella di alleggerire l'onere a carico del datore di lavoro, almeno tutte le volte in cui si tratti di licenziamento in un rapporto di lavoro subordinato. Assumerebbe un significato diverso solo nelle ipotesi in cui la sentenza dichiarativa della illegittimità del licenziamento fosse preceduta dalla riqualificazione come subordinato di un rapporto certificato dalla competente commissione come autonomo o parasubordinato: in tal caso, infatti, l'affidamento nell'operato della commissione di certificazione giustificerebbe l'esonero delle sanzioni sul tardivo pagamento dei contributi.

4. c) Il terzo livello di tutela, regolato dal comma 5, cambia profondamente di segno quello che oggi è l'art. 18: la tutela reintegratoria sparisce e resta la sola compensazione economica, quantificata in misura variabile fra le 12 e le 24 mensilità (anche qui) dell'ultima retribuzione globale di fatto. La scelta è chiara: il licenziamento, seppure illegittimo, estingue il rapporto, né di esso si ipotizza quella pur improbabile reincarnazione in un nuovo rapporto che caratterizza l'attuale tutela obbligatoria, posto che nel comma 5 non vi è alternativa alla liquidazione economica.

Se la scelta di politica del diritto è chiara, il disegno di legge sembra complicarla dal punto di vista della tecnica giuridica, con quel riferimento ad una pronuncia del giudice che, nelle ipotesi «altre» rispetto a quelle del comma 4, «dichiara risolto il rapporto», come se il licenziamento fosse improduttivo di effetti fino alla sentenza e come se solo quest'ultima potesse conferirgli efficacia estintiva¹². Ma, nonostante qualche apparenza, non si tratta di una risoluzione giudiziale, tanto meno con effetto costitutivo: la risoluzione (ma sarebbe meglio dire la cessazione) del rapporto non può essere imputata alla pronuncia del giudice, ma alla volontà, per quanto non sorretta da giustificazione, del datore di lavoro. Ed infatti, il giudice comunque «dichiara» risolto il rapporto, non a caso «con effetto dalla data del licenziamento».

¹² C. CONSOLO-D.RIZZARDO, *Vere o presunte novità* cit., p. 4

Qualche considerazione va fatta con riguardo all'ammontare dell'indennità. E' vero che con questa normativa non sempre si può ritenere "svenduto" il rapporto di lavoro e il bene dell'occupazione che lo incorpora, visto che, in presenza di una liquidazione tendente al massimo, la copertura che sarà assicurata in futuro non sarà molto diversa da quella che oggi può ottenere un lavoratore che abbia trovato una nuova occupazione in tempi ragionevoli e che anche per questo opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione (talora, in questo caso, solo la misura minima delle 5 mensilità, più le 15 mensilità dell'indennità sostitutiva, con un saldo negativo rispetto alla misura massima del progetto di riforma). Senza considerare, come si è opportunamente rilevato¹³, che al lavoratore spetterà il minimo di 12 mensilità anche in assenza totale di danno, o in caso di danno comunque inferiore. Ma, al di là delle argomentazioni ideologiche o di bandiera legate alla sparizione del posto di lavoro, un arretramento nella tutela sembra comunque realizzarsi, non fosse altro perché l'indennità è, come recita il comma 5, «onnicomprensiva», tale cioè da assorbire ogni danno connesso al venir meno del rapporto, in particolare tale da assorbire il danno previdenziale.

La concreta determinazione dell'indennità risarcitoria, entro la forbice fra le 12 e le 24 mensilità, resta affidata (ma non è una novità) a criteri almeno a prima vista estranei al danno. La formula normativa sembra distinguere fra un criterio principale – quello dell'anzianità (presumibilmente, qui come altrove, di servizio) del lavoratore «in relazione» alla quale l'indennità deve essere quantificata – e altri parametri dei quali va «tenuto conto», secondo una valutazione evidentemente discrezionale. Qui, come già con l'integrazione dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966 ad opera dell'art. 30 della legge n. 183 del 2010 (il c.d. collegato lavoro), il legislatore si spende molto per circostanziare la definizione del risarcimento e controllare la discrezionalità del giudice, imponendogli anche la «specifica motivazione», forse senza considerare che il giudice è comunque portato ad adottare criteri equitativi, non fosse altro perché è di quella discrezionalità che egli deve inevitabilmente avvalersi nella ponderazione fra i vari (e talora troppo numerosi ed eterogenei) criteri.

Comunque sia, i parametri sono essenzialmente tre. Il primo è quello relativo al "peso" dell'azienda, declinato secondo il numero dei dipendenti (criterio che più classico non si può), ma anche secondo le «dimensioni dell'attività economica», con necessario ricorso a criteri diversi, come ad esempio il fatturato o il tasso di tecnologia. Il secondo è quello del «comportamento» delle parti, che, ove riferito al lavoratore, serve a dare rilievo a quelle circostanze di contorno della sua condotta che, pur non portando ad escludere la sussistenza del fatto imputato (che, come si vedrà, porta alla reintegrazione), conducono pur sempre a considerare ingiustificato il licenziamento. Il terzo criterio è quello delle «condizioni» delle parti, nel quale, forse, è possibile individuare un qualche collegamento con le caratteristiche e le dimensioni del danno.

¹³ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio* cit., p. 14

d) Il quarto livello è regolato nel comma 6, attraverso un rinvio, come impianto di fondo, alla disciplina del comma 5 (terzo livello), ma con un dimezzamento dei valori dell'indennità risarcitoria, indennità che oscilla pertanto fra le 6 e le 12 mensilità. Tale scelta trova giustificazione, come ho già segnalato, nella discutibile svalutazione dei vizi di carattere formale (licenziamento orale a parte) o procedurale rispetto a quelli di carattere sostanziale. Nello stesso ordine di idee, lo spessore e la «gravità» della violazione formale o procedurale costituiscono parametro per la determinazione dell'indennità: un criterio di non difficile applicazione, posto che in effetti c'è differenza fra una motivazione solo generica e una motivazione inesistente, così come non è la stessa cosa omettere l'intera procedura dell'art. 7 dello Statuto o concedere un termine a difesa inferiore a 5 giorni.

Il pur rapido esame dei quattro livelli di tutela fa sorgere un interrogativo conclusivo, di non poco conto (già segnalato nei primi commenti al disegno di legge), che concerne il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, notoriamente legato allo spessore della tutela, nel senso che il differimento del *dies a quo* della prescrizione alla cessazione del rapporto opera, per giurisprudenza assolutamente costante, solo ove non sia assicurata la stabilità, per tale intendendosi una disciplina del licenziamento nella quale si «subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate» e, sul piano processuale, si «affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»¹⁴.

Ora, fermo restando che nell'area di applicazione della legge n. 604/66 opera sempre il differimento della decorrenza della prescrizione, con riguardo invece al nuovo art. 18, si potrebbe pensare, in linea teorica, che la questione non cambi nella sostanza, occorrendo solo una nuova (in quanto interna all'art. 18) *actio finium regundorum* fra tutela reale reintegratoria (con decorso della prescrizione in costanza di rapporto) e tutela meramente obbligatoria o indennitaria (con decorso alla cessazione), in relazione alle quattro articolazioni sopra esaminate. Ma una tale operazione non è affatto sufficiente, posto che le diverse tipologie di tutela nel disegno di legge non dipendono più soltanto da un elemento variabile ma pur sempre oggettivo, come il numero dei dipendenti occupati, che è rilevabile in ogni momento di svolgimento del rapporto (anche ad andamento alterno, come avviene allorché il lavoratore dipendente da datore di lavoro con non più di 60 dipendenti passi da una unità produttiva a tutela reale ad altra unità a tutela obbligatoria o viceversa); le diverse tipologie di tutela, infatti, ancorate come sono anche alle causali del licenziamento, dipenderanno da circostanze che non sono ancora attuali nel momento in cui il lavoratore debba decidere se azionare il suo diritto onde evitarne la prescrizione o attendere; di più, dipenderanno da circostanze che potrebbero non verificarsi mai, tutte le volte in cui la cessazione del rapporto non passi per il licenziamento. Né si obietti che qualcosa di simile può capitare anche oggi, perché mentre oggi si può sapere in ogni

¹⁴ Per tutte, Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268

momento quale sarebbe la tutela garantita al lavoratore se il rapporto si chiudesse con un licenziamento, nel futuro sistema, per saperlo, bisognerà passare per forza per un concreto licenziamento e per le sue ragioni. L'idea che conti comunque la situazione nella quale, di fatto, il lavoratore si è trovato ad operare non risulta perciò praticabile.

La verità è che il problema, in assenza di uno specifico intervento normativo, è davvero difficilmente risolvibile, salvo passar sopra alla descritta metamorfosi della tutela reale e continuare ad applicare il principio generale di cui all'art. 2935 c.c. tutte le volte in cui sia applicabile anche il nuovo art. 18, valutando come congruo tutto il ventaglio di tutele con esso garantito¹⁵. Ma è conclusione che, se riferita agli ultimi due scalini di tutela, non mi pare davvero persuasiva.

5. Prima di considerare la collocazione delle diverse causali del licenziamento in uno o più dei quattro livelli sopra individuati, appare opportuno uno sguardo d'insieme circa l'atteggiarsi dei vizi, tradizionali e no, del licenziamento e la corrispondenza, o appropriatezza e congruità, fra i vizi medesimi e i livelli di tutela.

Il disegno di legge riprende le tradizionali qualificazioni dei vizi del licenziamento: nullità, con un'apertura maggiore di quella deducibile dalla combinazione fra la legge n. 604 del 1966 e l'art. 18 dello Statuto; annullabilità, per ipotesi più ristrette ma comunque riconducibili all'attuale art. 18; inefficacia, anche qui con un ampliamento rispetto alla disciplina attuale.

La fedeltà al modello di base tradizionale non mi pare possa essere rimproverata al progetto, che non ha ritenuto di seguire le pur suadenti suggestioni dottrinali (specie processualistiche) che hanno ricondotto il problema dei vizi del licenziamento alla secca alternativa fra efficacia ed inefficacia, riferita al licenziamento come espressione di un potere formativo privato e come tale da valutare se idoneo o no ad estinguere il rapporto, senza le complicazioni e le varianti che derivano dalla qualificazione negoziale dell'atto. Le difficoltà che quella ricostruzione incontra sul piano letterale e la necessaria rilevanza, viceversa, dello strumento negoziale e delle sue categorie (ivi compresa l'invalidità) anche rispetto al potere formativo, fanno apprezzare, a mio parere, la scelta di conservare le qualificazioni tradizionali, per giunta con un qualche rafforzamento testuale, come sembra potersi dire a proposito dell'annullabilità (comma 4). Ma quella scelta si accompagna poi ad un vero e proprio sparigliamento delle tradizionali qualificazioni, perché la coerenza fra le stesse e le conseguenze sanzionatorie è in più punti messa in discussione.

Piena coerenza va riconosciuta certamente alla espressa qualificazione del licenziamento in termini di nullità, con garanzia, nell'esteso ambito di cui si è detto circa il comma 1, del pieno ripristino della situazione precedente; nell'altra ipotesi riconducibile alla nullità (violazione della

¹⁵In questo senso, sostanzialmente, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 34

norma imperativa dell'art. 2110 c.c.), si conferma la tutela reintegratoria e dunque una sanzione adeguata, seppure attenuata (comma 4).

Una frattura di ordine sistematico si deve invece registrare a proposito della classica annullabilità propria del licenziamento ingiustificato, che si sdoppia, in base all'incerto elemento della maggiore o minore gravità della ingiustificatezza (su cui *infra*), in due possibili esiti sanzionatori, uno dei quali soltanto corrisponde alla qualificazione del vizio, mantenendo così una coerenza sostanzialmente adeguata (anche qui, con applicazione del comma 4), mentre il secondo fuoriesce dallo schema dell'annullamento, posto che il rapporto risulta estinto per effetto del licenziamento.

La frattura, infine, è totale nell'ipotesi di licenziamento qualificato espressamente come inefficace per vizi procedurali e tuttavia regolato in concreto (comma 6) come un licenziamento efficace, per giunta con un costo sostanzialmente contenuto. Per questa ipotesi, a differenza che per il secondo caso di annullabilità, la frattura rispetto ai modelli sanzionatori ordinari si accompagna poi ad una aporia della quale il progetto sembra non essersi accorto. Ed invero, posto che la norma in questione (il comma 6) è compresa nel campo di applicazione del (nuovo) art. 18 e non interferisce con la legge n. 604/66, in quest'ultimo ambito continuerà ad applicarsi la conseguenza sanzionatoria costituita dalla cosiddetta tutela reale di diritto comune: conseguenza pacifica da tempo, ossia da quando si è escluso che il licenziamento senza comunicazione dei motivi (art. 2, comma 2 della legge n. 604/66) possa essere assimilato a quello privo di giustificazione, così da essere inefficace come lo qualifica la legge e al tempo stesso efficace, come sarebbe se parificato a quello ingiustificato. Eppure il progetto, nel totale disinteresse per la legge n. 604/66, non solo non si preoccupa di coordinare le due normative sul licenziamento inefficace (nell'area, rispettivamente, della legge n. 604/66 e dell'art. 18), letteralmente capovolgendone l'impatto concreto (con una sanzione ben più pesante a carico delle piccole imprese rispetto a quella prevista per le altre), ma non esita, per giunta nel più impegnativo campo di applicazione dell'art. 18, a sovrapporre e confondere l'inefficacia dell'atto con il suo esatto contrario.

Il fatto è che le tradizionali categorie della patologia negoziale escono significativamente incise, e talora stravolte, dal disegno di legge, tanto che sarebbe da dubitare dell'utilità del loro richiamo e più proficuo ricostruire e ridisegnare i meccanismi sanzionatori del licenziamento illegittimo in termini di accentuata specialità, nella quale trovare posto anche per una inefficacia che contraddice sé stessa. Peraltro, ove si continuasse a ragionare con quelle categorie, le soluzioni, a parte le storture del licenziamento inefficace, potrebbero non divergere, come già accennato, rispetto all'inquadramento attuale. Qualora invece, in ragione del ruolo tutto sommato marginale ora riservato all'annullamento, si riproponesse l'idea che l'azione di impugnazione del licenziamento sia da qualificare come azione (non di annullamento, ma) di accertamento, oggetto di tale azione sarebbe ancora la permanenza del

rapporto nel solo caso di nullità-inefficacia, mentre negli altri casi di validità-efficacia sarebbe l'inadempimento contrattuale, con condanna al pagamento dell'indennità¹⁶.

6. E' giunto ora il momento di mettere tra loro in contatto causali del licenziamento e sanzioni corrispondenti (s'intende, in caso di difetto delle prime), così da disegnare, nel modo più chiaro possibile, la complessa griglia sulla quale il nuovo art. 18 è costruito.

Il primo comma garantisce l'applicazione della tutela reale tradizionale (solo ritoccata dai commi 1, 2 e 3) ai licenziamenti discriminatori (fin dall'inizio esclusi dal vento riformatore) e ai licenziamenti *lato sensu* nulli, dei quali viene fornita una indicazione tendenzialmente esaustiva. Peraltro, come già precisato¹⁷, siamo di fronte non già a tipizzazioni di licenziamento (o causali in senso proprio), ma a divieti, ond'è che solo la dimostrazione positiva della violazione del divieto porterà all'applicazione della tutela reale, come sopra già precisato.

Con il richiamo all'art. 3 della legge n. 108 del 1990 (peraltro carente per difetto, visto che tale norma non esaurisce tutte le ipotesi di discriminazione contemplate nel d.lgs. n. 216 del 2003) viene determinata, *per relationem*, la nozione sostanziale di licenziamento discriminatorio, in coerenza con la scelta (almeno formale) di occuparsi solo di sanzioni. Restano perciò aperti i problemi legati al suddetto art. 3: sia quelli circa la ipotetica coesistenza di un motivo discriminatorio con una autonoma giustificazione del licenziamento, sia quelli legati al campo di applicazione. A tale ultimo proposito, è ben vero che lo stesso comma 1 qui in commento ribadisce l'applicazione della tutela reale «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro», ma ciò riguarda appunto i soli limiti numerici e non quelli soggettivi, alcuni dei quali sono presi in considerazione dal legislatore, attuale e talora anche futuro (si pensi ai dirigenti, espressamente ricompresi nella tutela, ai lavoratori domestici e agli anziani in possesso dei requisiti pensionistici, anch'essi ricompresi), altri invece formalmente ignorati e pertanto di dubbia definizione (si pensi ai dipendenti dalle organizzazioni di tendenza o agli sportivi professionisti).

Le ipotesi coperte dalla tutela reale classica (che nell'area di applicazione della legge n. 604 del 1966 va pertanto a sostituire la tutela reale di diritto comune) proseguono con il richiamo al caso del licenziamento intimato «in concomitanza col matrimonio» ai sensi dell'art. 35 del d.lgs n. 198 del 2006 (codice delle pari opportunità fra uomo e donna) e del licenziamento legato alla condizione di maternità o (nei casi limitati) di paternità (art. 54, commi 1, 6, 7 e 9 del d.lgs. n. 151 del 2001). La distinta considerazione dei licenziamenti discriminatori e di quelli a causa di maternità pone fine ad una questione a lungo dibattuta, circa la possibilità di configurare questi ultimi non come nulli secondo

¹⁶ C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità* cit., p. 6 s.

¹⁷ F. CARINCI, *Complimenti* cit., p. 19

il diritto comune, ma come discriminatori e dunque tali da potersi appropriare della disciplina dell'art. 18. Ma la questione è chiusa con la previsione, pur nella distinzione della fattispecie, della stessa sanzione e il conseguente assorbimento in tale sanzione della tutela specifica del bambino, che aveva costituito una delle ragioni per mantenere distinte tra loro fattispecie e sanzioni.

Significativa novità del comma 1 è la previsione esplicita, con riconduzione alla tutela reale, delle altre ipotesi di nullità previste dalla legge, ovvero dei casi di motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c. Quanto alla prima indicazione, mi sembra evidente il carattere di norma di chiusura onnicomprensiva, per cui vi rientreranno non solo i casi di frode alla legge, ma anche quelli in cui risultino violati beni costituzionalmente garantiti¹⁸, sempreché se ne possa accertare l'autonomia rispetto alle ipotesi tipiche.

Più complesso appare il riferimento al motivo illecito del licenziamento, che comunque, a poco meno di sessant'anni dal discusso caso Santhià, riceve per la prima volta il riconoscimento legislativo, inclusa la riconosciuta applicabilità di quella norma, scritta per i contratti, anche agli atti unilaterali. Più complesso, dicevo, perché la formula adottata è inutilmente contorta e pesantemente ripetitiva: si parla infatti di un licenziamento «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile», dal quale pure emerge che le parti devono essere «determinate» a concludere il negozio per quel motivo. Peraltro, l'insistenza sulla relazione causale potrebbe costituire indizio che questo è l'unico requisito perché il motivo illecito abbia rilievo, e non sia perciò necessario il diverso (ammesso che sia realmente diverso) requisito della unicità del motivo medesimo. Detto in altri termini, il motivo illecito dovrebbe poter autonomamente giustificare il licenziamento (si pensi alla ritorsione nei confronti del lavoratore che abbia fatto causa), anche se vi possa aver concorso un'altra ragione (un inadempimento solitamente non perseguito). Ma si tratta di indicazioni bisognose di approfondimenti, se non altro perché che il richiamo all'art. 1345 c.c. potrebbe essere utilizzato giusto in direzione contraria, essendo proprio tale norma ad esigere che il negozio sia stato posto in essere «esclusivamente» per il motivo illecito. Con il che, a volersi sbizzarrire in ipotesi ermeneutiche un po' ardite, si potrebbe rovesciare il ragionamento e – assodata la necessaria unicità del motivo proprio in virtù del richiamo all'art. 1345 c.c. – ritenerla viceversa non più necessaria, perché non richiamata, né direttamente né indirettamente, nel caso di licenziamento discriminatorio. Il fatto è che, nonostante l'apparenza di questioni solo teoriche e di pura esegesi, quelle qui trattate costituiscono in realtà gli snodi attraverso i quali la tutela contro le discriminazioni o contro la lesione dei diritti fondamentali può raggiungere un accettabile grado di concretezza, posto che nella realtà è ben raro, se non da

¹⁸ F. CARINCI, *Complimenti* cit., p. 19

escludere radicalmente, che discriminazioni o illiceità si presentino da sole per lasciarsi giudicare come tali¹⁹.

L'ultima ipotesi prevista dal primo comma è quella del licenziamento «dichiarato inefficace perché intimato in forma orale». La previsione non solleva particolari problemi, ma induce solo ad alcune precisazioni. Anzitutto, che la tutela reale di cui all'art. 18, comma 1, va anche qui a sostituire, nel caso di mancanza di forma scritta, la tutela reale di diritto comune nell'area di applicazione della legge n. 604/66, posto che anche questa previsione deve ritenersi operante a prescindere dal numero di dipendenti occupati. In secondo luogo, che il riferimento ad un licenziamento che deve essere intimato in forma scritta liquida definitivamente i tentativi di sostenere che la forma scritta non sia prevista *ad substantiam* per l'atto di licenziamento ma riguardi semplicemente i modi di comunicazione dello stesso. Che poi il nuovo testo del comma 1 ribadisca l'inefficacia del licenziamento orale non crea certo problemi, nel senso che in questo caso la qualificazione del vizio è corretta, trattandosi di inefficacia assoluta, in tutto e per tutto equiparabile alla nullità e come tale ben distinta dalle altre ipotesi di inefficacia, nelle quali tale qualificazione è stata del tutto svuotata (cfr. *infra*, par. 9). Infine, in virtù della nuova disposizione in materia di forma delle dimissioni, viene nuovamente sdrammatizzata (come già si era fatto con la legge n. 188 del 2007, poi improvvidamente abrogata) la necessità di distinguere, nella realtà dei fatti, fra licenziamento orale e (presunte) dimissioni.

7. Il licenziamento non sorretto da giusta causa o da giustificato motivo soggettivo è sanzionato sia in base al comma 4 (secondo fra i livelli sopra individuati, a tutela ancora di tipo reale, ancorché attenuata), sia in base al comma 5 (terzo livello, a tutela solo indennitaria). In realtà, esso interferisce anche con il comma 1, visto che nel caso della lavoratrice madre solo la presenza di una giusta causa impedisce l'applicazione del divieto di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001, altrimenti sanzionato con la tutela reintegratoria piena; ed interferisce, ovviamente, anche con il comma 6, tutte le volte in cui le

¹⁹ Una impostazione profondamente diversa è quella proposta, da ultimo, da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit. spec. p. 22 ss., che valorizza al massimo grado la sanzione classica della reintegrazione attraverso una corrispondente estensione della nozione di licenziamento discriminatorio. La proposta interpretativa, indubbiamente coraggiosa, si condensa nell'affermazione per cui il licenziamento o è conforme alle uniche finalità ammesse dal sistema – quella di disporre dell'organizzazione secondo scelte costituzionalmente tutelate (giustificato motivo oggettivo) e quella di garantirne la funzionalità, come dire, personale (giustificato motivo soggettivo) – o è discriminatorio, donde la conclusione di una sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato, salvo che – ma le ipotesi sono definite residuali – 18 il licenziamento sia «sorretto da una causa conforme all'ordinamento e, però, la giustificazione addotta risulti diversa, quantitativamente e qualitativamente, da quella che concretamente costituisce la causa dell'atto», nel qual caso si applicheranno i commi da 4 a 7 dell'art. 18. La proposta richiede indubbiamente una attenta riflessione, anche se qualche perplessità affiora, sia perché essa sembra fondarsi su una nozione di discriminazione meramente esemplificativa e non tassativa (ancorché ampia) e sulla riconduzione alla causa negoziale, anziché ai presupposti di legittimità, delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo, sia perché sembra porsi in contrasto con quella che è la complessiva *ratio legis* dell'intero provvedimento, e della disciplina del licenziamento in particolare.

ragioni soggettive non siano state fatte valere nelle forme dovute²⁰. Ma è soprattutto la prima alternativa che, penetrandola, divide la fattispecie, attribuendo l'una o l'altra tutela in base ad una variabile di definizione assai incerta, legata allo spessore della ingiustificatezza. E questa, vista la sensibile divaricazione degli esiti sanzionatori, non appare certo una scelta felice, anche a prescindere dalla considerazione che la scelta è ovviamente rimessa – ma non potrebbe non esserlo – alla discrezionale valutazione del giudice.

Peraltro, conviene preliminarmente individuare l'ambito generale cui va fatto riferimento, tanto per il quarto, quanto per il quinto comma, visto che la graduazione è comunque riferita alla medesima fattispecie di base.

Il quarto comma non parla di licenziamento disciplinare – nozione ormai largamente acquisita nel lessico lavoristico anche se fino ad oggi direttamente utilizzata dal legislatore solo nell'ambito del lavoro pubblico – ma attinge al vocabolario legislativo classico del licenziamento riguardo il quale «non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa». Il che pone subito una questione: se vi sia sostanziale coincidenza fra le due espressioni, o se il testo qui in commento debba ritenersi di portata più ampia. Ciò, peraltro, non tanto perché la nozione di licenziamento disciplinare sia legata alla predeterminazione delle infrazioni, visto che tale accezione “formalistica” è stata da tempo accantonata in favore di quella “ontologica”, quanto perché la giusta causa qui richiamata travalica – almeno secondo l'opinione pressoché consolidata della Corte di Cassazione – l'ambito dell'inadempimento, cui il licenziamento disciplinare è correlato, per investire fatti o comportamenti estranei allo svolgimento del rapporto e tuttavia in grado di incidere sulla sua proseguibilità anche solo provvisoria.

A ben guardare, però, la questione trova una implicita soluzione nel successivo comma 7, nel quale si ipotizza, in una controversia radicata su un licenziamento per motivi oggettivi, l'emersione di «ragioni discriminatorie o disciplinari», dove quest'ultima espressione sembra voler riassumere tutte le ragioni soggettive indicate nel comma 4. D'altra parte, la rilevanza di comportamenti estranei all'inadempimento puro e semplice non sembra estranea, in sé, all'area disciplinare, sia pure sotto il profilo, come dire, prognostico, cioè nel senso di una valutazione di inaffidabilità nei futuri adempimenti, secondo il consolidato schema dell'art. 1564 c.c. in tema di contratto di somministrazione, sovente richiamato dalla giurisprudenza anche per il contratto di lavoro.

Il punto centrale sta nell'individuazione di quale sia la fattispecie di licenziamento ingiustificato che, per gravità e spessore, porta all'applicazione di una tutela ancora reale e quali le «altre ipotesi» alle quali, ai sensi del comma 5, è ora riservata la sola tutela indennitaria.

²⁰ Anche se qui può porsi la non facile alternativa se la violazione concerna solo la procedura o vada alla radice del potere, con diversità di conseguenze sanzionatorie: cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio* cit., p. 16 s.

La reintegrazione è ancora assicurata, anzitutto, allorché il licenziamento sia ingiustificato «per insussistenza del fatto contestato». Non compare più, a differenza di una precedente versione del disegno di legge, l'ipotesi nella quale il lavoratore non abbia commesso il fatto, ma non mi pare che le cose siano cambiate nella sostanza, perché in questo secondo caso l'insussistenza del fatto rimane, anche se va intesa in senso relativo, cioè riferita al singolo lavoratore che non lo ha commesso e rispetto al quale, pertanto, il fatto è effettivamente inesistente.

L'insussistenza del fatto sembra, in apparenza, non sollevare problemi. *Narra mihi factum, dabo tibi ius*, diceva un vecchio brocardo, e qui il fatto è il comportamento concreto tenuto dal lavoratore, mentre vi resta estranea ogni valutazione o qualificazione: quel che propriamente viene contestato al lavoratore è, ad esempio, l'assenza dal lavoro, mentre l'arbitrarietà dell'assenza, pur necessaria affinché il licenziamento sia giustificato, si pone su un piano diverso, valutativo, anche in relazione all'art. 1218 c.c. Sennonché, come si è opportunamente rilevato²¹, i fatti non sono sempre facilmente isolabili, talora sono scomponibili in diversi elementi, alcuni essenziali e altri no, sì che può riuscire arduo individuare a che livello possa dirsi verificata l'insussistenza del fatto. E non sempre essi si prestano ad essere catalogati secondo la secca alternativa fra sussistenza o insussistenza, senza contare che in molte situazioni i fatti contestati possono essere più d'uno, nel qual caso non è per nulla chiaro quando scatti il requisito della insussistenza, se per il venir meno anche di uno solo di essi, ovvero là dove manchi quello principale, con tutte le difficoltà di individuare un criterio a riguardo; senza contare, ancora, che in molti casi il fatto che viene contestato al lavoratore appare più o meno evanescente, e strettamente ancorato ad un profilo valutativo, come nell'ipotesi di scarso rendimento.

Al di là delle incertezze che la formula normativa inevitabilmente lascia dietro di sé, l'idea di fondo sembra comunque sufficientemente chiara: il comma 4 e la reintegrazione si applicano quando la procedura disciplinare risulti imbastita sul nulla, o su grossi equivoci, più o meno imputabili al datore di lavoro ma in ogni caso non troppo difficilmente accertabili; detta sotto il profilo qualitativo, in situazioni nelle quali il licenziamento disciplinare illegittimo abbia finito col ledere l'onorabilità della persona del lavoratore, in linea con la convinzione che la reintegrazione debba essere riservata, come nel primo comma, a garanzia dei diritti assoluti del lavoratore, fra i quali non si annovera il “diritto” al posto di lavoro²².

La seconda ipotesi presa in considerazione dal comma 4 era, nel testo presentato al Senato, quella di un licenziamento ingiustificato «perché il fatto rientra fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base della previsione della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici

²¹ F. CARINCI, *Complimenti*, cit., p. 19. Tende forse a trascurare queste difficoltà A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio* cit., p. 20, nonostante egli attribuisca al fatto la duplice funzione di determinare la qualificazione del licenziamento come illegittimo e la sanzione applicabile.

²² P. ICHINO, *La riforma*, cit., p. 12

disciplinari applicabili». Ma il testo è poi cambiato, con l'eliminazione del riferimento alle previsioni «della legge».

Orbene, anche questa seconda ipotesi sembra riguardare situazioni tutto sommato marginali o comunque non frequenti²³: quelle nelle quali il datore di lavoro sia incorso in un vistoso equivoco, questa volta non su un piano di fatto ma su un piano esclusivamente valutativo, avendo applicato la sanzione espulsiva là dove quelle diverse fonti prevedano una sanzione solo conservativa. E se è impensabile che si risolva a licenziare per una infrazione alla quale egli stesso, nel codice disciplinare unilateralmente predisposto, abbia assegnato un peso diverso, la soluzione non sembra difforme a proposito delle altre due fonti.

Quanto alla contrattazione collettiva, al di là del problema, sinora poco esplorato, della vincolatività o meno delle relative tipizzazioni ai sensi dell'art. 30 della legge n. 183 del 2010, resta tuttora operante la regola – posta dall'art. 12 della legge n. 604 del 1966 – della salvezza delle condizioni di miglior favore stabilite dalla contrattazione collettiva, ond'è appunto che lo “scambio” di sanzioni finisce per contraddire troppo vistosamente quella valutazione sociale tipica che è recepita nella contrattazione e merita pertanto le conseguenze più gravi. Anche se la linea di demarcazione, nella stessa contrattazione collettiva, fra infrazioni che portano al licenziamento e infrazioni da punire con sanzioni conservative non è sempre particolarmente chiara e precisa²⁴. Nessuna rilevanza, invece, assegna il comma 4 alle tipizzazioni individuali certificate, sempre in base all'art. 30 appena citato: una scelta in certa misura criticabile, sia perché la certificazione dovrebbe garantire il lavoratore da eventuali abusi, sia perché qui l'impegno è assunto dal datore di lavoro direttamente nei confronti del proprio dipendente, ond'è che la violazione della regola consensualmente posta assume connotati di maggiore gravità.

Quanto alle previsioni della legge, tale riferimento, come appena detto, risulta ad oggi soppresso. Del che è lecito rallegrarsi, viste le discussioni e le allarmate reazioni che il richiamo alla legge aveva suscitato nella parte imprenditoriale²⁵. L'allarme lanciato stava in ciò: che quel richiamo poteva intendersi non solo e non tanto alle tipizzazioni previste da tale fonte (come, ad esempio, quelle in materia di sciopero nei pubblici servizi essenziali), ma, essenzialmente, all'art. 2106 c.c. e al principio di proporzionalità ivi enunciato, donde la conclusione che sarebbe scattata l'applicazione del comma 4, e perciò della reintegrazione, tutte le volte in cui il giudice avesse discrezionalmente ritenuto non soddisfatto quel principio, pur nel rispetto delle tipizzazioni. Forse in questo modo si finivano per

²³ P.G. ALLEVA, *Punti critici* cit., p. 5

²⁴ M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, diffuso da tguastella@lex.unict.it, p. 4; secondo P. ICHINO, *La riforma* cit., p. 12, invece, «proprio la tipizzazione contrattuale riduce drasticamente l'incertezza della disciplina applicabile, fornendo al datore di lavoro un'indicazione sicura cui attenersi», sulla base di una fiducia forse eccessiva nella contrattazione.

²⁵ Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio* cit., p. 19 s.

sovrapporre due diversi problemi: quello della proporzionalità nella scelta della sanzione da adottare (dove la sanzione va intesa come “pena” per il lavoratore), di cui si occupa l’art. 2106 c.c. e che ovviamente resta fondamentale nel giudizio disciplinare, e quello della individuazione delle conseguenze (sanzionatorie, in senso ovviamente diverso) a carico del datore di lavoro nel caso in cui la prima, pur correttamente individuata in astratto, si fosse rivelata in concreto applicata illegittimamente, problema che si doveva risolvere in base al comma 4 e non alla norma del codice. Peraltro, posto che un qualche incrocio fra i due problemi poteva imputarsi al testo della disposizione, è comunque positivo che la questione sia stata chiarita con la soppressione dell’inciso.

Ciononostante, restano aperti alcuni profili problematici, tali da alimentare qualche dubbio sul carattere selettivo della fattispecie prevista e sulla sua distinzione con le «altre ipotesi» regolate dal comma 5. Ed infatti, posto che il richiamo alle tipizzazioni collettive non può ritenersi vincolante per il datore di lavoro al di fuori della sfera di efficacia soggettiva del contratto, il datore medesimo – di questi tempi non di rado tentato di uscire dal regime contrattuale collettivo – potrebbe prevedere nel codice disciplinare unilaterale (che avrà tutto l’interesse a predisporre, per non precludersi l’esercizio del potere disciplinare conservativo) regole particolarmente severe, sanzionando con il licenziamento comportamenti di rilievo anche assai scarso. In tal caso, fermo restando che il giudice potrà pacificamente giudicare illegittimo il licenziamento per violazione del principio di proporzionalità, dovrà poi egli dare la prevalenza al profilo formale e, preso atto che la tipizzazione è stata rispettata, escludere perciò stesso la reintegrazione ed applicare il comma 5? O gli sarà consentito, al di là della lettera della norma, di trasferire il giudizio negativo in ordine alla proporzionalità tra fatto e sanzione anche sul piano delle conseguenze del licenziamento illegittimo, magari assimilando l’insussistenza del fatto alla conclamata inidoneità dello stesso, quand’anche tipizzato, a giustificare un licenziamento? La norma colpisce con la reintegrazione la difformità del licenziamento rispetto alle tipizzazioni, quali esse siano, o colpisce anche la difformità delle tipizzazioni, specie unilaterali, rispetto ai principi di fondo che regolano la materia disciplinare? Anche se la formulazione letterale fa propendere per la prima soluzione (con qualche dubbio di costituzionalità che a quel punto potrebbe spuntare) l’interrogativo e, con esso, alcuni spazi variabili di applicabilità della norma sembrano rimanere. La proporzionalità, tipizzata o meno, resta un ingombro per il futuro interprete.

Ciononostante, nella valutazione comparativa delle due fattispecie distribuite fra il quarto e il quinto comma, non mi sembrano condivisibili le opinioni secondo le quali la reintegrazione verrà ancora applicata in tutte le ipotesi più social-tipiche di licenziamento per ragioni soggettive, con ruolo residuale della tutela solo indennitaria²⁶. Al di là delle considerazioni problematiche appena proposte,

²⁶ G. ZILIO GRANDI, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili... la parola al Giudice*, in *Lavoro: una riforma a metà del guado*, a cura di P. RAUSIE e M. TIRABOSCHI, ADAPT, 2012, p. 166; M. PAPALEONI,

sembra vero il contrario. E' ragionevole pensare, infatti, che si applicherà il comma 4 nelle ipotesi non frequenti nelle quali venga disattesa la tipizzazione mentre si applicherà il comma 5 nelle «altre ipotesi», cioè, con frequenza ben maggiore, tutte le volte in cui la tipizzazione sia stata rispettata, ma il licenziamento sia giudicato illegittimo per altre ragioni²⁷, legate alle contingenze concrete, come lo stato psicologico del lavoratore e il suo grado di colpevolezza, la posizione ricoperta in azienda, il livello di professionalità, la rilevanza delle conseguenze dannose del comportamento ecc.

L'ambito di applicazione della reintegrazione risulterà perciò alquanto ristretto, anche se, a mio parere, non tanto da considerarlo relegato a casi di scuola, come pure è stato vivacemente lamentato²⁸, non fosse altro perché la già segnalata ambiguità delle tipizzazioni collettive potrà determinare una variabile perimetrazione, nel processo interpretativo del giudice, fra l'area delle sanzioni conservative e l'area del licenziamento. E sarà forse la prassi a disegnare confini più ampi, per la conservazione della tutela reale, di quanto la lettera della norma faccia intendere.

La disciplina sanzionatoria del licenziamento disciplinare si accompagna ad una nuova regola, di carattere sostanziale, concernente la decorrenza degli effetti del licenziamento, introdotta con il comma 7-ter del nuovo art. 7 della legge n. 604 del 1966, come modificato dall'art. 1, comma 40 del disegno di legge. La modifica sta in ciò, che il licenziamento intimato in esito al procedimento disciplinare di cui all'art. 7 dello Statuto «produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva» (diritto tenuto fermo, ovviamente, nel caso di giustificato motivo o di accertata insussistenza della giusta causa). Che il giorno della comunicazione debba intendersi quello in cui la contestazione di addebito perviene a conoscenza del lavoratore, mi pare pacifico. Quel che non è detto nella norma è come si coordini questo nuovo *dies a quo* degli effetti del licenziamento (ora rilevanti in casi ben più numerosi di prima, stante l'ampliamento delle ipotesi nelle quali il licenziamento risolve il rapporto) con i termini per la sua impugnazione. Ma è interpretazione obbligata quella per la quale l'impugnazione decorre pur sempre dalla comunicazione del licenziamento, ancorché i relativi effetti possano anche retroagire.

La modifica è stata inserita verosimilmente per scongiurare possibili abusi da parte del lavoratore, che avrebbe potuto, fiutato il vento tutt'altro che favorevole della contestazione disciplinare, sospendere gli effetti del licenziamento mettendosi in malattia, in tal modo peraltro dandosi per scontata l'irregolarità se non la falsità delle relative certificazioni. Ma l'effetto sospensivo

cit., p. 6; S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, diffuso da t.guastella@lex.unict.it, p. 3 (peraltro sulla base del collegamento fra il richiamo alla legge e l'art. 2106 c.c., di cui si è appena detto nel testo)

²⁷ F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, diffuso da t.guastella@lex.unict.it, p. 2

²⁸ P.G. ALLEVA, *Punti critici cit.*, p. 4 s.

resta per i casi di sospensione per maternità o paternità, ovvero per infortunio sul lavoro, forse perché ritenuto meno falsificabile.

8. Il settimo comma si occupa di fattispecie qualificate come di giustificato motivo oggettivo: in parte riconducibili ad ipotesi, pur sempre oggettive ma legate a “situazioni” personali del lavoratore, fino ad oggi accreditate, in alcuni casi, di una certa autonomia; per l’altra parte riconducibili al giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella sua classica configurazione, cioè determinato da scelte economiche e organizzative. Alle prime assicura ancora la tutela reintegratoria (di cui al comma 4), alle altre riserva una alternativa fra detta tutela e quella indennitaria (di cui al comma 5) più apparente che effettiva, visto il sostanziale sbilanciamento a favore della seconda.

Fra le prime, vi è anzitutto il caso del licenziamento intimato per l’«inidoneità», s’intende sopravvenuta, «fisica o psichica del lavoratore»: licenziamento che viene ora espressamente qualificato come per giustificato motivo oggettivo. Solo a titolo esemplificativo si richiamano, nella disposizione, i casi disciplinati dalla legge 12 marzo 1999, n. 68 agli articoli 4, comma 4 (lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia) e 10, comma 3 (lavoratori assunti in quota disabili, per il caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell’organizzazione del lavoro). Il menzionato carattere esemplificativo del riferimento porta ad allargare l’ambito di applicazione della norma in commento alle ipotesi di sopravvenuta inidoneità anche non di origine professionale e anche di soggetti non assunti come disabili, ma, si badi, pur sempre nell’ambito di una inidoneità fisica o psichica.

Le ipotesi espressamente considerate sono richiamate in funzione delle conseguenze del licenziamento, mentre nulla può dirsi modificato circa gli specifici percorsi di possibile ricollocazione che quelle norme impongono prima che si arrivi al licenziamento, nel che potrebbe risultare confermata l’idea che la nuova disciplina non travolge l’onere, in capo al datore di lavoro, di provare la non ricollocabilità del licenziando.

L’altro riferimento contenuto nel settimo comma è al licenziamento intimato in violazione dell’art. 2110, comma 2, c.c.: un riferimento che pecca per eccesso, dal momento che tra i casi ivi previsti, quelli legati alla gravidanza e al puerperio sono autonomamente regolati, come si è visto, dal comma 1 del nuovo art. 18. Restano perciò i licenziamenti intimati prima che sia compiuto il periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di infortunio o malattia. A riguardo, nonostante si sia spesso continuato a considerarli come provvisoriamente inefficaci (configurazione che aveva senso, in realtà, solo nel sistema del codice civile, in collegamento con l’art. 2118), il superamento del periodo di comportamento viene solitamente ricostruito come autonoma e al contempo automatica causa di giustificazione del licenziamento (cioè non bisognosa di essere provata se non nella sua materialità, *id*

est assenze del lavoratore). La riconduzione all'area del giustificato motivo oggettivo non modifica questa conclusione.

Il secondo periodo del settimo comma si occupa delle altre fattispecie di giustificato motivo oggettivo, nelle quali debbono essere ricomprese sia quelle legate a situazioni soggettive del lavoratore diverse da quelle appena considerate – come ad esempio l'inidoneità professionale o la carcerazione preventiva, ma anche, a mio parere, lo scarso rendimento – sia quelle, classiche, determinate da scelte economiche dell'impresa. La dislocazione di queste ultime ipotesi nell'area di una tutela di tipo solo indennitario ha rappresentato fin dall'inizio una delle caratteristiche salienti del progetto originario, orientato verso una più o meno incisiva flessibilizzazione in uscita secondo le convenienze economiche dell'impresa. L'aggiustamento, nel corso della trattativa politico-sindacale, indirizzato ad evitare o almeno a limitare l'"abuso" del giustificato motivo oggettivo come strumento (abbastanza) a buon mercato per disfarsi di lavoratori inefficienti o non graditi, non altera la scelta di fondo.

Non è certo questa la sede per ripercorrere le criticità della nozione né gli esiti giurisprudenziali della sua applicazione²⁹, che fin dal lontano 1966 mettono di fronte due modi sensibilmente diversi di intendere il rapporto fra la garanzia costituzionale della libertà economica e la garanzia dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, lungo quella "frontiera mobile" che più di quarant'anni fa sembrava a Federico Mancini decisamente spostata verso la seconda e che da tempo sembra invece a Pietro Ichino doversi assestare nella direzione opposta e cedere alla prima solo ove venga superata – in base a criteri a mio parere ancora non adeguatamente definiti – la soglia di tollerabilità della perdita attesa dal datore di lavoro in ordine alla resa del rapporto. Contrasti di principio e incertezze applicative che non possono essere ignorati, in particolare con riferimento al concetto di licenziamento chiamato "speculativo"³⁰, cioè non connesso ad una situazione di difficoltà economica, ma orientato, attraverso un riassetto organizzativo, alla riduzione di costi e/o al conseguimento di un maggior utile aziendale: licenziamento riguardo il quale è innegabile che la stessa Corte di cassazione non pare aver assunto orientamenti univoci.

Il progetto di legge non agisce direttamente sul presupposto, ma, modificando la sanzione, contribuisce a delinearne condizioni d'uso indubbiamente più leggere, collegando alla illegittimità del licenziamento la sola sanzione indennitaria. Restano gli aggiustamenti di cui dicevo poco fa, la cui incidenza (per il primo di essi) o innovatività (per il secondo) non sembrano tuttavia di particolare rilevanza.

Il primo sta nella conservazione della tutela reintegratoria (di cui al comma 4) nel solo caso – in qualche modo parallelo a quello già previsto a proposito del giustificato motivo soggettivo – di

²⁹ Una attenta rivisitazione, ovviamente dal suo punto di vista, in P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti* cit., p. 13 ss.

³⁰ P.G. ALLEVA, *Punti critici* cit., p. 5

«manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento». Molto si è già discusso intorno a questa espressione, per lo più giungendosi alla conclusione che si tratti di ipotesi assai poco frequenti, donde la sostanziale inutilità pratica della previsione. Raramente – si osserva – a base del giustificato motivo oggettivo è posto un fatto materiale del quale si possa accertare l’insussistenza manifesta³¹: ciò potrebbe verificarsi se si adduce, ad esempio, una chiusura di reparto del tutto fantasiosa e mai realizzata o il venir meno di una commessa viceversa rinnovata; ma sono casi limite, e già un bilancio dichiarato in perdita non è detto che non possa essere letto in modo diverso; di norma, si potrebbe aggiungere, i fatti si presentano inscindibilmente legati a valutazioni di tipo tecnico e organizzativo, e spesso il giustificato motivo addotto coincide con – e si sovrappone a – quelle scelte e valutazioni.

Orbene, tali considerazioni hanno un indubbio fondamento, tanto più se si sottolinea la differenza tra il motivo soggettivo, che è un fatto passato, e quello oggettivo, che coinvolge sovente (anche se non sempre) una prognosi futura di perdita attesa³². Ma forse è lecito dare un senso più ampio alla previsione normativa, considerando proprio quell’inestricabile relazione e simbiosi, appena richiamata, tra circostanze materiali e «ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», senza le quali le circostanze materiali rimangono per così dire neutre.

Sotto questo profilo, allora, può assumere un qualche significato il carattere di manifesta insussistenza di cui parla il comma 7, perché se è vero che in generale un fatto o sussiste o non sussiste, è anche vero che un fatto che interessi al diritto solo se intrecciato con una certa valutazione (nozione complessa e per così dire integrata di giustificato motivo oggettivo), è suscettibile di una considerazione entro certi limiti diversificata da parte del giudice. Considerazione diversificata che potrebbe ritenersi ammissibile non solo con riferimento alle ipotesi-limite di vera e propria pretestuosità³³, ma anche negli ambiti – certamente più ampi di tali ipotesi anche se comunque più ristretti di quelli nei quali la giurisprudenza talora si avventura – nei quali non si discute delle scelte aziendali come tali (insindacabili), ma del nesso eziologico fra le stesse e l’individuazione del singolo lavoratore da licenziare. In questo spazio acquisterebbe altresì maggior senso quel «può» riferito all’operato del giudice, che appare del tutto inspiegabile se applicato ai soli casi di assoluta pretestuosità³⁴, per i quali sembrerebbe assurdo lasciare discrezionalità al giudice stesso, ma che assume un significato diverso se concernente l’accertamento del nesso eziologico. Con un’ulteriore vantaggio: quello di garantire coerenza con quanto stabilito (tutela reintegratoria) allorché risultano violati i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi.

³¹ Ancora P.G. ALLEVA, *Punti critici*, p. 6

³² P. ICHINO, *La riforma* cit., p. 13 ss.

³³ Che è la conclusione di P. ICHINO

³⁴ Ed infatti A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio* cit., p. 24 ritiene lo si debba leggere “deve”.

L'ultimo periodo del settimo comma – all'apparenza, una sorta di clausola di sicurezza – non sembra dire in realtà nulla di diverso da quanto già oggi desumibile dai principi generali. E' chiaro, infatti, che l'eventuale accertamento di un motivo discriminatorio (ovviamente nascosto) non può essere precluso. Qui semmai si pone la questione se l'emersione del motivo discriminatorio sia riferito al solo caso in cui il licenziamento sia ingiustificato, o sia possibile anche in presenza di una giustificazione: ma la questione è quella generale circa la necessaria unicità o meno del motivo discriminatorio, e non mi pare che questo frammento di norma porti elementi ulteriori per la sua soluzione. Analoghe considerazioni possono farsi per il licenziamento disciplinare occulto.

L'emersione di questi diversi motivi resta comunque condizionata alla domanda formulata dal lavoratore, secondo la logica di un processo che da dispositivo non può trasformarsi in inquisitorio, sia pure nel lodevole intento di sanzionare comportamenti discriminatori o fraudolenti del datore di lavoro.

La disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo viene arricchita dall'introduzione di un nuovo strumento conciliativo. L'art. 1, comma 40 del disegno di legge, nel riscrivere l'art. 7 della legge n. 604 del 1966, per l'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della medesima legge, introduce – non nel suo ambito di applicazione, ma (*sic!*) nell'ambito di applicazione di un legge diversa, cioè dell'art. 18 – a pena di inefficacia una procedura di conciliazione preventiva, in analogia, peraltro più apparente che reale, con la disciplina dei licenziamenti collettivi. Il carattere preventivo si deduce dalla circostanza che al datore di lavoro è fatto obbligo di dichiarare alla Direzione territoriale del lavoro, e per conoscenza al lavoratore, l'«intenzione» di adottare quel tipo di licenziamento, da ciò seguendo, prima della (eventuale) comunicazione del licenziamento, lo svolgimento della procedura medesima. Ma, alla fine, i conti possono essere definiti diversamente perché – in base al comma 41 del d.d.l. – il licenziamento che sia stato successivamente intimato produce effetto dal giorno della comunicazione di avvio del procedimento, salvo il diritto al preavviso o all'indennità sostitutiva (eventualmente dovuti, dice la norma, ma è chiaro che ciò riguarda non il caso in oggetto, ma il diverso caso nel quale si tratti di licenziamento disciplinare per giusta causa, assoggettato alla stessa regola circa la decorrenza di effetti del licenziamento).

La procedura preventiva, che si svolge davanti alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., può avere una sua utilità, anche se, in relazione alla disciplina sanzionatoria appena considerata, si tradurrà il più delle volte in una monetizzazione della risoluzione consensuale del rapporto³⁵, che garantirà tuttavia al lavoratore la fruizione dell'ASpI pur in assenza del requisito della involontarietà dello stato di disoccupazione. Nel corso della procedura, nella quale si impone per

³⁵ F. LISO, *le norme cit.*, p. 2

legge (!) «la partecipazione attiva della commissione», verranno esaminate «anche soluzioni alternative al recesso». Ora, visto che ciò appartiene per intero alla logica conciliativa intorno ad un mero progetto di licenziamento, e visto dunque che non c'era bisogno di un espresso richiamo a riguardo, si potrebbe pensare che il legislatore abbia inteso confinare in questo ambito la questione del *repechage*. Ma mi parrebbe soluzione ingiustificatamente restrittiva, in assenza di una esplicita presa di posizione del legislatore³⁶. La nuova disciplina sanzionatoria del licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrà rendere opportuno un più preciso posizionamento dell'obbligo-onere di ricollocazione, se a valle del licenziamento o connaturato allo stesso; e certamente inciderà sulle conseguenze della mancata prova, necessariamente orientate verso l'indennità. Ma non mi pare che ciò porti ad escludere la valutazione del giudice: potrà essere solo rilevante – come espressione del complessivo comportamento in sede conciliativa, di cui il giudice stesso deve tener conto nel determinare l'indennità risarcitoria in base al comma 7 dell'art. 7 – l'eventuale rifiuto da parte del lavoratore di ipotesi alternative al licenziamento proposte in sede conciliativa.

Ho prima richiamato la procedura per i licenziamenti collettivi. Ma va subito precisato che l'analogia sembra esaurirsi nel carattere preventivo della procedura, che è una indubbia novità per il licenziamento individuale. Questa, infatti, a differenza della prima, presenta connotati decisamente individualistici³⁷, visto che la presenza delle organizzazioni sindacali è condizionata alla decisione del lavoratore e che, sempre ad iniziativa di quest'ultimo, è prevista la presenza di un avvocato o di un consulente del lavoro, con evidente esclusione in questi casi di una possibile gestione collettiva della controversia.

9. Il regime del quinto comma, cioè la tutela indennitaria debole, trova applicazione, in base al comma sesto, anche al licenziamento inefficace, sia pure con una clausola di sicurezza, scritta proprio nella parte finale del comma, analoga a quella scritta nel settimo comma. Senonché, è preliminarmente necessario inquadrare la fattispecie sostanziale, che proprio la norma ora sotto esame ridefinisce e ristrutturata profondamente, in una prospettiva decisamente più ampia di quella rinvenibile oggi nell'art. 2 della legge n. 604 del 1966.

Come già segnalato, quest'ultima disposizione viene modificata dall'art. 1, comma 37 del disegno di legge, che, riscrivendo il comma 2, abolisce il meccanismo procedimentale che, nel presupposto della piena legittimità di un licenziamento intimato senza l'indicazione dei motivi, regola la possibile richiesta dei motivi medesimi da parte del lavoratore e la necessaria risposta del datore di lavoro. Il nuovo comma 2 prescrive infatti che «La comunicazione del licenziamento deve contenere la

³⁶ *Contra*, F. CARINCI, *Complimenti cit.*, p. 21

³⁷ F. LISO, *Le norme cit.*, p. 2

specificazione dei motivi che lo hanno determinato», imponendo in tal modo che la volontà risolutoria si manifesti, oltre che per iscritto, anche in modo completo fin da subito, come del resto da tempo avviene in concreto nel caso di licenziamento disciplinare, nel quale il datore di lavoro, pur astrattamente potendolo fare, non manca mai, in concreto, di richiamare i fatti già oggetto di contestazione preventiva.

La violazione di tale nuova regola, anche sotto il profilo della necessaria specificità dei motivi, determina l'inefficacia del licenziamento, non essendo stato modificato il comma 3 dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e la sua regola di chiusura. Ma il significato di quella qualificazione, testualmente rimasta ferma, non è affatto univoco, perché il precetto complessivo dell'art. 2 della legge n. 604/66 si scompone e si diversifica. C'è anzitutto l'inefficacia conseguente alla mancata adozione della forma scritta, che però, come si è già visto, viene ripresa e incorporata nel comma 1, e trattata come una nullità assoluta, da valere in ogni rapporto di lavoro, in conformità a valutazioni ormai del tutto consolidate, anche in altri ambiti (si pensi all'esclusione dai termini per l'impugnazione). C'è poi, appunto, l'inefficacia per assenza di motivazione contestuale, alla quale viene riservata la sanzione più blanda stabilita dal comma 6.

Come si è anticipato, qui si consuma la frattura più evidente, oltre che dal punto di vista sostanziale della tutela, anche da punto di vista della coerenza e congruità delle conseguenze sanzionatorie rispetto alla qualificazione del vizio, posto che, venendo il rapporto di lavoro irrimediabilmente a cessare, con spazio solo per una modesta tutela risarcitoria, quella che è predicata come inefficacia funziona in realtà come il suo esatto contrario. Ma, a meno di non cancellare del tutto l'espressione normativa dell'inefficacia, negandone ogni rilevanza sul piano qualificatorio, resta ferma quella inefficacia (ora, solo per assenza di motivazione contestuale) destinata ad operare nell'ambito di applicazione della legge n. 604 del 1966. La situazione appare però schizofrenica: mentre nell'area della vecchia tutela reale quell'inefficacia smentisce sé stessa, nell'area della tutela debole, in assenza di una specifica disciplina, dovrà continuare ad applicarsi il diritto comune, con permanenza del rapporto. Una singolare inversione di conseguenze, pertanto, della quale il progetto sembra non essersi accorto e che non mi pare rimediabile in via interpretativa – generalizzando il *monstrum* per cui inefficacia vuol dire efficacia – ma solo sul piano di una più che sospetta incostituzionalità.

Altra ipotesi di inefficacia prevista dal comma 6 è quella derivante dalla violazione della procedura di cui all'art. 7 dello Statuto. In realtà, il riferimento va limitato ai commi 2 e 3 di quella norma, posto che il generico riferimento all'intera norma non mi pare possa far riemergere il vincolo anche della necessaria predeterminazione e pubblicità, né si può opinare diversamente solo per il marcato rilievo dato alle tipizzazioni collettive, non fosse altro perché la tipizzazione richiamata (nel comma 4 dell'art. 18) è quella delle sanzioni conservative e non del licenziamento.

Ciò chiarito, c'è da osservare come la norma apparentemente smentisca la nota, consolidata opinione giurisprudenziale che equipara il mancato rispetto della procedura alla mancanza di motivi. Quella opinione non era, a mio avviso, immune da critiche, perché la violazione di norma imperativa, in assenza di una disposizione che stabilisca una conseguenza diversa, dovrebbe portare alla nullità (art. 1418, comma 1, c.c.). Il disegno di legge, ora, la disattende in vista di un obiettivo radicalmente opposto: quello di stabilire comunque, come conseguenza della violazione, la cessazione del rapporto. Sennonché, proprio per questo, cioè perché la conseguenza sanzionatoria è solo di tipo economico, l'assimilazione al caso della ingiustificatezza viene indirettamente tenuta ferma, almeno con riferimento alle ipotesi (come già visto, di gran lunga più numerose), nella quali la carenza di giustificazione è sanzionata solo sul piano economico.

Resta aperta la questione circa la rilevanza della violazione di tipo procedurale sotto il profilo degli interessi tutelati. Se tali interessi sono da ricondurre alla tutela della dignità del lavoratore – assicurata dalla trasparenza e dal contraddittorio – come la Corte costituzionale ha più volte ribadito, qualche sospetto di incostituzionalità potrebbe essere sollevato. A meno che non si riaffermi l'idea, non certo estranea proprio alla giurisprudenza della medesima Corte, che la tutela del diritto (assoluto) alla dignità operi su un piano diverso da quello concernente la permanenza o meno del rapporto.

Considerazioni critiche si possono avanzare anche con riferimento alla terza ipotesi di inefficacia: quella del mancato rispetto della procedura preventiva di conciliazione prevista per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Peraltro, in questo caso la critica avanzata è di segno opposto, nel senso che più corretta sarebbe stata la previsione di una mera improcedibilità (deve intendersi, dell'azione in giudizio)³⁸, anche se, a dire il vero, riesce difficile immaginarla con riferimento ad una situazione nella quale vi è solo un progetto di licenziamento. Il fatto è che l'inefficacia-efficacia di cui al comma 6 consente al datore di lavoro, con la semplice omissione della procedura, di raggiungere l'obiettivo della cessazione del rapporto.

Anche in relazione a comportamenti di questo tipo, tuttavia, l'ultimo periodo del sesto comma introduce un'altra clausola, per così dire, di sicurezza: qualora il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che, oltre al difetto di forma, vi è anche un difetto di giustificazione, applica la tutela di volta in volta prevista, a seconda della tipologia e della gravità di quel difetto (commi 4, 5 e 7). L'applicazione di questo frammento del comma 6 crea qualche problema in più di quelli originati dal (già visto) comma 7.

Intanto, non si fa cenno all'accertamento di un eventuale motivo discriminatorio, a differenza che nel comma 7. Ma la differenza non mi pare possa determinare alcuna diversità di disciplina: la possibilità di dare evidenza al motivo discriminatorio prescinde, com'è pacifico, dalla motivazione

³⁸ F. CARINCI, *Complimenti* cit., p. 18

addotta, e ciò vale tanto per un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, quanto per un licenziamento (qualunque ne sia la giustificazione) che non abbia rispettato la procedura dell'art. 7 dello Statuto o dell'art. 7 della legge n. 604 del 1966 come ora novellato. Né le cose stanno diversamente quando il licenziamento sia inefficace perché privo di motivazione. E' vero che, in questo caso, il lavoratore, non conoscendo la motivazione, mai esplicitata, è costretto ad agire un po' al buio, ma bisogna anche dire che se il motivo discriminatorio c'è (e il lavoratore ritiene di poterlo dimostrare), esso sarà comunque oggetto di accertamento nel processo; che se, poi, il silenzio del datore di lavoro dovesse protrarsi anche in giudizio, con la contumacia, l'onere probatorio del lavoratore resterebbe comunque fermo, anche se in qualche misura alleggerito dalla mancata concorrenza di altre giustificazioni.

La seconda questione riguarda le modalità di introduzione dell'accertamento sulla ingiustificatezza del licenziamento viziato nella procedura. La norma, anche qui, fa riferimento alla domanda del lavoratore, dovendosi perciò escludere ogni accertamento d'ufficio, sia pure solo in base a quanto risulti dagli atti: la domanda, da parte del lavoratore, di un ulteriore accertamento (a quel punto non si sa bene se subordinata a quella relativa all'inefficacia o se principale) è imprescindibile (a quel punto non si sa bene se nella forma della mera allegazione o no), perché il lavoratore, in presenza di un vizio procedimentale assolutamente evidente, potrebbe fermarsi a chiedere tale accertamento, guadagnando la corrispondente indennità.

In realtà – questa la terza questione – non mi pare che il lavoratore sia messo davanti ad un bivio e che l'azione in giudizio diventi per lui una sorta di gioco a rischio, con diritto alla tutela per l'ingiustificatezza ove la stessa sia dimostrata e perdita di tutto nel caso contrario. Ed infatti, l'eventuale accertamento di una giustificazione non elimina comunque il vizio procedurale, che non viene certo assorbito o sanato dalla prima, in ragione dell'eterogeneità del vizio. Gli interessi protetti con le regole di tipo procedurale sono stati comunque lesi e tale lesione va in ogni caso riparata.

10. La modifica dell'art. 18 in tema di licenziamenti individuali incide necessariamente anche sulla disciplina dei licenziamenti collettivi: conseguenza che, non messa a fuoco in un primo momento, è stata poi oggetto di specifica previsione, come risulta dall'art. 1, commi da 44 a 46 del disegno di legge, che va a modificare talune norme della legge n. 223 del 1991. Ma tali disposizioni non si limitano ad assegnare a ciascuna ipotesi di illegittimità dei licenziamenti collettivi il livello di tutela ritenuto appropriato nella nuova scala sanzionatoria. Esse, infatti, incidono anche sulla disciplina sostanziale, limitando di molto, se non addirittura azzerando, una delle possibili ipotesi di illegittimità.

L'intervento risulta mirato su due passaggi della disciplina aventi valenza essenzialmente procedurale, che del resto è il terreno sul quale si giocano i reali meccanismi di controllo sociale-

collettivo in ordine alla scelte imprenditoriali, visto che le garanzie sul piano individuale, al momento della selezione dei licenziandi, riguardano piuttosto un conflitto di interessi fra lavoratori, come la più attenta dottrina da tempo ha sottolineato. Dunque, la materia scotta, anche e soprattutto perché condizionata alla conformità al diritto comunitario, che nell'effettività delle procedure sindacali trova il suo significato più pregnante.

Il primo passaggio nell'ordine cronologico della procedura riguarda le comunicazioni e informazioni che il datore di lavoro è tenuto a fornire, in base all'art. 4, commi 2 e 3 della legge n. 223 del 1991, alle strutture sindacali in esso individuate e consiste nella sanatoria di eventuali vizi di comunicazione «nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura sindacale di licenziamento collettivo». La modifica nasce certamente da una esigenza reale, che emerge tutte le volte in cui, a fronte di un qualche – anzi, di un qualsiasi – vizio di comunicazione, venga data applicazione alla sanzione dell'inefficacia, a tutt'oggi coperta dall'art. 18, nonostante la procedura sindacale sia comunque pervenuta ad un accordo. Ma sull'efficacia sanante di detto accordo le opinioni sono contrastanti, ed anzi sembra prevalente l'opinione negativa, in ragione della rilevanza, in ogni caso, di un principio di trasparenza, azionabile anche da parte dei singoli lavoratori, che dovrebbe escludere la sanatoria quanto meno nell'ipotesi in cui i difetti di comunicazione e informazione siano rimasti nascosti anche nel corso della procedura. Come a dire che il vizio può essere escluso da una conoscenza tardiva di alcuni dati, non dalla perdurante ignoranza a riguardo.

Il fatto che, ora, i vizi siano «sanati, ad ogni effetto di legge» non significa, a mio parere, che l'accordo possa coprire tutto. Mi sembra infatti davvero eccessivo, e contrario alla normativa comunitaria, che possano essere sanate anche le carenze o reticenze informative più rilevanti, quelle, cioè, sulle quali dovrebbe reggersi il progetto imprenditoriale di riduzione. Se così fosse, infatti, sarebbe sufficiente una sapiente regia della procedura, da parte del datore di lavoro senza scrupoli, con l'obiettivo di ingannare il sindacato strappandogli l'accordo, con i noti benefici connessi. In ogni caso, la tesi della sanatoria sempre e comunque mi pare contraddetta anche da un elemento testuale: i vizi sono sanati non *dall'accordo*, purché esso esista, ma «*nell'ambito* di un accordo», ond'è che la sanatoria opererà solo se i dati non comunicati nella dichiarazione di apertura della procedura saranno comunicati e discussi nel corso dell'esame congiunto e l'accordo sia stato perciò raggiunto nella consapevolezza anche di quelli.

Il secondo passaggio riguarda la fase finale della procedura e concerne la comunicazione del licenziamento e la contestuale comunicazione ai vari soggetti indicati nel comma 9 dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991 di una serie di elementi concernenti i licenziati, fra i quali spicca la puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta. L'art. 1, comma 44 del progetto spezza la contestualità, assegnando al datore di lavoro un termine di 7 giorni per fare la

seconda comunicazione. La flessibilità così introdotta può sembrare, in astratto, addirittura ragionevole. E' difficile negare, tuttavia, che un non trascurabile tassello della tutela – quello nel quale la congruità del progetto imprenditoriale si salda con il momento della sua concreta attuazione – viene ridimensionato. La contestualità, oggi, non è il portato di una (odiosa) regola burocratica, ma serve a cristallizzare, in un reciproco confronto, criteri di scelta dei licenziandi e scelte concrete, così da non lasciare troppo spazio, dopo la comunicazione dei licenziamenti, per un adattamento dei criteri a misura di scelte già compiute. Il fatto è che in una riforma nella quale la libertà delle scelte economiche di riduzione della forza lavoro è forse il dato caratterizzante, la norma in commento non sembra stonata, ma è funzionale a tale logica.

Il comma 46 dell'art. 1 del disegno di legge si preoccupa poi di raccordare la riforma dell'art. 18 con la disciplina sanzionatoria del licenziamento collettivo illegittimo, attraverso la riscrittura dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991.

Se il licenziamento è intimato senza la forma scritta, il nuovo testo omette di qualificarlo come inefficace, come risulta invece dal primo comma del nuovo art. 18, ma rinvia comunque alla disciplina sanzionatoria di tale disposizione, che è in sostanza, come sopra precisato, la disciplina della nullità. L'ipotesi di violazione delle procedure sindacali, invece, è sanzionata con il terzo livello di tutela, quella indennitaria forte. La tecnica legislativa appare imprecisa, stante il rinvio al terzo periodo del settimo comma, nel quale si regolano in realtà i criteri di determinazione dell'indennità, mentre il diritto all'indennità deriva dal richiamo al comma 5 (che, come visto, disciplina la suddetta indennità) contenuto nel secondo periodo. Ma sorge il sospetto che questa complicazione letterale nasconda in realtà l'intento di escludere che anche la totale omissione della procedura – un vizio che, come dire, comporterebbe la totale inconsistenza del licenziamento collettivo come tale – possa in qualche modo determinare l'applicazione della tutela reintegratoria. Tutela reintegratoria che invece viene conservata in caso di violazione dei criteri di scelta, attraverso il rinvio al comma 4 dell'art. 18. Esito, questo, che da un lato conferma, *a contrario*, la svalutazione delle regole procedurali, e, dall'altro lato, garantisce al lavoratore più di quel che gli è garantito nel licenziamento individuale per giustificato motivo soggettivo, posto che la violazione di criteri di scelta spesso di problematica applicazione è sanzionata più efficacemente di un licenziamento disciplinare anche pesantemente sproporzionato.

L'ultimo intervento consiste in un opportuno chiarimento sull'applicazione anche al licenziamento collettivo del (doppio) termine di impugnazione di cui al novellato art. 6 della legge n. 604 del 1966. Opportuno perché la specialità, rispetto a questa, della legge sul licenziamento collettivo (con la sua qualificazione come inefficace del licenziamento in violazione delle procedure) poteva creare dubbi applicativi in relazione alla previsione di cui all'art. 32, comma 2 della legge n. 183 del 2010 che, dopo aver appunto novellato l'art. 6 della legge n. 604, estendeva la nuova disciplina anche

al di fuori di questa, ma per tutte le ipotesi di invalidità, e dunque non di inefficacia. Il problema ora è risolto: di inefficacia del licenziamento collettivo non si parla più e il doppio termine è espressamente applicabile.

11. Il comma 10 del nuovo art. 18 introduce per la prima volta una specifica disciplina della revoca del licenziamento, alla quale converrà dedicare, in chiusura, qualche breve osservazione.

La revoca di un atto unilaterale recettizio, qual è il licenziamento, solleva diversi problemi. C'è anzitutto quello della forma della revoca, se la stessa forma (scritta) dell'atto che si intende revocare, o un forma libera. C'è poi da stabilire quale sia l'effetto della revoca, se quello di togliere di mezzo fin dall'origine gli effetti del licenziamento, ovvero, secondo un'opinione di gran lunga preferibile, quello, più limitato, di una nuova proposta contrattuale, che il lavoratore può accettare o meno, ma che non può eliminare gli effetti, ormai prodottisi, del licenziamento illegittimo, fermo restando – ma è un altro problema – che ove il lavoratore accetti la revoca gli dovrebbe essere comunque garantito il risarcimento nella misura minima di 5 mensilità, mentre ove, al contrario, egli la rifiuti, di tale rifiuto non può non tenersi conto nella successiva determinazione giudiziale del risarcimento.

Il comma 10 non risolve il problema della forma e fornisce una disciplina della revoca volta a ridurre sensibilmente i costi del ripensamento per il datore di lavoro, al contempo stroncando, in buona sostanza, possibili intenti lucrativi del lavoratore. Un altro tassello, questo, dell'ammorbidente delle sanzioni in presenza di vizi di tipo procedimentale, stante il fatto che, nella stragrande maggioranza dei casi, la revoca interviene allorché il datore di lavoro si sia accorto di un qualche vizio di questo tipo.

Orbene, la nuova norma anzitutto stringe i tempi per la revoca, legandola all'impugnazione del licenziamento: ciò nel senso che essa deve essere disposta entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione dell'avvenuta impugnazione. Si consente dunque al datore di lavoro che abbia intimato un licenziamento in qualche modo viziato di stare alla finestra e di vedere se il lavoratore intenda contestarlo o meno; in caso affermativo, gli si apre la possibilità, appunto, della revoca, e di una revoca con particolari effetti. Il tenore letterale, per la verità, sembrerebbe lasciare aperta la possibilità di una revoca successiva a quel termine, con riserva alla sola revoca tempestiva della disciplina (favorevole al datore di lavoro) di cui subito dirò, ferma restando l'applicazione dei principi (generali) di cui sopra ad una revoca tardiva. Ma la complessiva nuova disciplina dei vari meccanismi sanzionatori, e la incongruità di un riutilizzo dei vecchi criteri, specie risarcitori, mi pare impongano di considerare quella del comma 10 come l'unica possibilità di applicazione dell'istituto.

Ciò posto, il succo della nuova disciplina sta in ciò, che la revoca non ha più bisogno di essere accettata dal destinatario, né può più considerarsi come nuova proposta contrattuale. Il suo effetto è ormai stabilito imperativamente dalla legge, a prescindere dalla volontà del lavoratore: quello di un

ripristino del rapporto senza soluzione di continuità, con cancellazione totale del licenziamento e delle sue eventuali conseguenze. E dunque, la revoca è atto unilaterale espressione di un potere in senso stretto, cui il destinatario è assoggettato senza poter fare nulla per opporsi. Una soluzione, questa, che se ha il pregio di evitare vecchi abusi del lavoratore, ha il difetto di poterne alimentare di nuovi e diversi da parte del datore di lavoro, il quale, tutte le volte in cui abbia intimato un licenziamento del tutto illegittimo e arbitrario, ove abbia fondate ragioni per pensare che il lavoratore non sia disposto alla reintegrazione, con lo strumento della revoca potrà raggiungere il proprio obiettivo anche a buon mercato.

Ed infatti, è ben vero che la norma introduce una compensazione per il lavoratore, garantendogli il diritto alla retribuzione maturata nel periodo precedente la revoca; ma è anche vero che tale periodo potrà protrarsi al massimo per 75 giorni: i 60 (massimi) per l'impugnazione del lavoratore e i 15 successivi (peraltro nella piena disponibilità del datore di lavoro che potrà abbreviarli), entro i quali la revoca dovrà essere disposta. Inoltre, l'espressa esclusione dei meccanismi sanzionatori previsti dall'art. 18, mi pare debba portare ad escludere la possibilità che il lavoratore possa chiedere un ulteriore risarcimento del danno.