

## I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori\*

Oronzo Mazzotta

1. Premessa	386
2. La diversificazione delle tutele	388
3. Licenziamento, giustificazione e tipologia negoziale	389
4. Recesso e risoluzione giudiziale	390
5. L'idoneità del licenziamento a risolvere il rapporto nel nuovo sistema	391
6. La nuova «stabilità» ed il problema della prescrizione	392
7. La capacità espansiva della reintegrazione	394
8. Il licenziamento nullo e l'area della tutela reintegratoria forte	394
9. Il licenziamento annullabile fra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte	395

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 159/2012

## 1. Premessa

La riforma di cui alla legge n. 92 del 2012 è stata realizzata, come è noto, nell'ambito delle misure messe in campo dal governo italiano per fronteggiare la gravissima crisi finanziaria esplosa nell'estate del 2011. Essa intende perseguire fundamentalmente la finalità di rendere più flessibile il mercato del lavoro, alleggerendo i costi del licenziamento per le imprese, introducendo maggiore rapidità e certezza giuridica nelle controversie relative, nel contempo salvaguardando i valori fondamentali del rapporto di lavoro.

A riguardare la riforma con uno sguardo disincantato non tutti gli obiettivi conclamati sembrano essere stati perseguiti con i mezzi idonei allo scopo.

Cominciamo dall'obiettivo della *accelerazione* dei tempi di definizione delle liti relative al licenziamento. Fuor di dubbio opportuni sono l'imposizione della immediata comunicazione dei motivi e l'abbreviazione dei tempi di impugnazione del licenziamento. Altrettanto utile è l'introduzione di una speciale procedura conciliativa obbligatoria preventiva per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, che consente una sorta di camera di decantazione prima che si proceda al licenziamento, per l'illustrazione e la discussione, davanti ad un organo imparziale, delle ragioni effettive del recesso (ovviamente a condizione che l'organo pubblico intenda esercitare correttamente il proprio ruolo, senza trasformarlo in un passaggio obbligato privo di contenuti).

Più discutibile è che al medesimo scopo cospiri l'introduzione di una nuova procedura giurisdizionale *ad hoc* per l'impugnazione del licenziamento, potendo il medesimo obiettivo essere perseguito attraverso qualche minimo ritocco al processo cautelare delineato dall'art. 700 cod. proc. civ. La documentazione allegata in *Appendice* costituisce la migliore dimostrazione delle oggettive difficoltà nel rendere compatibile la nuova procedura con il restante contenzioso (anche in materia di licenziamenti), con effetti paradossali di allungamento dei tempi di definizione delle altre controversie (e forse anche di quelle in materia di licenziamento).

Un discorso analogo può farsi avendo riguardo alla finalità di aumentare la *certezza del diritto*. Certamente positiva è la razionalizzazione delle acquisizioni giurisprudenziali su taluni punti caldi, che erano oggetto di ampie discussioni. Ciò vale per: a) la tendenziale eliminazione delle aporie che ancora circolavano sotterraneamente nella giurisprudenza fra nullità di diritto comune e nullità di diritto speciale, con l'unificazione delle conseguenze sanzionatorie e la definitiva affermazione della *vis attractiva* della reintegrazione nel posto di lavoro come reazione alle ipotesi di nullità del licenziamento (licenziamento orale, motivo illecito, etc.); b) l'applicazione di una tutela indennitaria (se pure rafforzata) per il licenziamento viziato *solo* sul piano formale; c) la esplicita collocazione entro la clausola del giustificato motivo oggettivo di tutte le fattispecie di licenziamento, in senso lato, connesse con la malattia del lavoratore (superamento del periodo di comporto, invalidità/inidoneità, etc.); d) la razionalizzazione delle tecniche risarcitorie per il periodo intermedio.

Per converso assai discutibile è il discrimine che la legge introduce fra licenziamenti illegittimi in funzione della *natura e/o dell'intensità* della ragione giustificativa addotta. Così, per quanto riguarda la *giustificazione soggettiva*, costituirà sicura fonte di contenzioso la distinzione fra licenziamenti illegittimi, perché il fatto non sussiste o è previsto dalla contrattazione collettiva come meritevole di sanzioni conservative e le "altre" ipotesi.

Analoghe considerazioni valgono per la *giustificazione oggettiva*. La distinzione fra *manifesta insussistenza* e (semplice) *insussistenza* del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo, oltre a non essere di immediata comprensione (dovendosi stabilire, quanto meno, la linea di confine fra la prima e la nozione di licenziamento discriminatorio) e quindi foriera di notevoli incertezze applicative, è altresì sospettabile di incostituzionalità per ragioni analoghe a quelle ipotizzabili con riferimento alla giustificazione soggettiva.

Fonte di altrettanta e sicura incertezza applicativa l'affidamento al potere discrezionale del giudice dell'alternativa fra l'applicazione della tutela reintegratoria e di quella meramente economica.

Sullo sfondo poi – ma la materia richiederà più meditate riflessioni una volta che la tendenza giurisprudenziale si sia assestata – si agitano rilevanti questioni relative all'incidenza delle cospicue novità regolative sulla struttura dell'atto di recesso, in relazione: a) alla unitarietà della nozione di licenziamento; b) al ruolo delle norme generali in materia di licenziamento, in bilico fra tipizzazione ad opera dell'autonomia collettiva e discrezionalità giudiziale; c) al ruolo del giudice *tout court*, che risulta (o si vorrebbe risultasse) fortemente ridimensionato, almeno quanto agli effetti sanzionatori del licenziamento illegittimo.

Vi sarà tempo e modo per occuparsene; al momento, dopo gli accesi dibattiti che l'hanno accompagnata, è necessario porsi con razionalità di fronte alla riforma esaminandola come *diritto posto* e liberandosi dai giudizi precostituiti, nel tentativo di fornire una lettura che valorizzi – laddove possibile – la *voluntas legis*.

Non si può peraltro ignorare la temperie complessiva al cui interno essa è maturata. Le alternative che sono al fondo della nuova disciplina in materia di licenziamento affondano le proprie radici nella contrapposizione fra l'idea che il diritto del lavoro abbia a che fare con i valori della persona e quella secondo cui esso debba fornire risposte flessibili alle (abusate) "sfide" del mercato globale. La prima visuale è fortemente ancorata ai principi fatti propri dalla carta fondamentale (artt. 1, 3, 4, 36, 41 Cost.), la seconda utilizza come strumento euristico la c.d. "*analisi economica del diritto*", che, semplificando, e certo banalizzando, attribuisce un prezzo o, meglio, un costo *ai valori* e valuta le ricadute delle scelte normative sull'assetto del libero mercato<sup>1209</sup>.

Applicata alla materia dei licenziamenti quella contrapposizione ripropone l'alternativa fra una tutela centrata su di una sorta di *proprietà del posto di lavoro* (non a caso l'espressione "reintegrazione" è ripresa dal vocabolario del diritto di proprietà) ed una *tutela risarcitoria*. Posta la questione in questi termini è facile farne derivare – da parte dei fautori del superamento dell'assetto preesistente – che la tutela ripristinatoria sia sproporzionata a fronte di violazioni interne al contratto e valutabili in chiave di inadempimento, che potrebbero (dovrebbero) sempre poter essere ricondotte ad una sanzione di tipo patrimoniale, mettendo in gioco un mero interesse economico.

<sup>1209</sup> V. le visioni contrapposte di ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Liber amicorum per Marcello Pedrazzoli e PERULLI, Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. lav. Più in generale v., se vuoi: MAZZOTTA, Valutare il diritto del lavoro, ovvero l'utopia della vita esatta*, in *Lav. dir.*, 2010, 191 ss.

Per converso una tutela reintegratoria in senso forte dovrebbe riservarsi alle sole situazioni in cui sia in gioco un *diritto assoluto della persona*<sup>1210</sup>.

In verità alla visuale neo-liberista sarebbe facile contrapporre anzitutto che per il lavoratore il licenziamento (illegittimo) mette sempre e comunque in gioco un diritto fondamentale (quello al lavoro: art. 4 Cost.), mentre per il datore il licenziamento (legittimo o no che sia) mette sempre e comunque in gioco un interesse economico, come ci hanno insegnato i padri nobili della nostra disciplina<sup>1211</sup>. Ed ancora che, secondo il diritto borghese (il codice di diritto privato) e non alla luce del contro-diritto "proletario", la *restitutio in integrum* (la *tutela in forma specifica*) costituisce la forma *naturale* di reazione all'inadempimento dell'altra parte, mentre il risarcimento dei danni ne rappresenta solo un pallido sucedaneo<sup>1212</sup>.

Ma tant'è. Di sicuro è necessario prendere atto che la legge, se non sposa *in toto* una visuale economicistica, è il frutto di un compromesso che cerca di spostare l'inerzia della sanzione nei confronti del licenziamento illegittimo verso rimedi di carattere indennitario.

Il che non significa certo che vi sia riuscita: resta infatti pur sempre aperta la complessa operazione – appena iniziata – di collocazione sistematica della nuova disciplina all'interno del *sistema giuridico giuslavoristico* avendo riguardo, quanto meno: a) ai vincoli preesistenti; b) alla necessaria razionalizzazione delle non poche aporie interne; c) alla doverosa rilettura che propone l'impiego di categorie tradizionali quali nullità, annullabilità, inefficacia, con significati ed esiti non sempre (anzi: quasi mai) coincidenti con i paradigmi classici.

## 2. La diversificazione delle tutele

Il tratto distintivo forte della riforma è la disgregazione della tutela reale in una serie di sottoinsiemi che gradualmente scemano verso una tutela economica sempre meno marcata (anche se tendenzialmente più consistente, pure nel regime più tenue, di quella assicurata al lavoratore nell'ambito della tutela obbligatoria).

Semplificando al massimo, la vera *tutela reale* in senso forte è stata riservata ad un *numerus clausus* di situazioni, legate alla violazione di diritti fondamentali della persona del lavoratore (oltre che al licenziamento inesistente, perché non comunicato per iscritto). Una tutela, pur sempre reintegratoria, ma con una ricostruzione solo parziale della continuità del rapporto (previsione di un massimale risarcitorio per il periodo intermedio) è riferita ad *alcune specie* di licenziamento ingiustificato. Una ulteriore tutela solo economica è prevista invece per *altre specie* di licenziamento ingiustificato. Ed infine una protezione solo indennitaria (e di rilievo ancor minore) viene ricollegata ai vizi formali.

Tramonta quindi la logica binaria legittimità/illegittimità, legata alla verifica della sussistenza/in-sussistenza della giustificazione: il controllo sulla giustificazione richiede ora un *doppio sforzo* (o salto mortale), perché vale a delineare *oltre alla legittimità anche il modello di tutela applicabile*.

<sup>1210</sup> È la nota posizione di ICHINO, *La riforma dei licenziamenti*, cit., 10-11, su cui v. le ampie critiche sviluppate da SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 523 ss., ove ampi riferimenti.

<sup>1211</sup> Per tutti: F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1948, I, 247 ss.

<sup>1212</sup> Doveroso il richiamo a Cass., Sezioni Unite, 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704, secondo cui in materia di lavoro – in ragione dei valori immessi dal lavoratore nel contratto – è solo la reintegrazione in forma specifica che garantisce l'esatta soddisfazione della sua posizione giuridica.

In sostanza l'applicabilità dell'una o dell'altra tutela è legata ad una serie di variabili connesse *anche* ai presupposti giustificativi del recesso ed alla loro consistenza.

Tale nuovo assetto comporta o dovrebbe comportare un nuovo e più rilevante *ruolo della motivazione* del licenziamento, che ora è giustamente imposta come *obbligatoria fin da subito*, dovendo fissare sia i *presupposti* del giustificato motivo oggettivo (soppressione del posto, inutilizzabilità in altre posizioni, mancata assunzione di altri lavoratori) e quelli del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, sia quelli della *tutela applicabile*<sup>1213</sup>.

Senonché su questo punto si consuma una prima, grave *contraddizione* nella legge. Al riconoscimento dell'importanza della comunicazione della motivazione del recesso non corrisponde – in caso di omessa motivazione – la sanzione dell'inefficacia/inesistenza del medesimo, ma solo una reazione risarcitoria (da sei a dodici mensilità: v. art. 18, 6° co.), essendo collegata la sanzione forte (con il corollario della reintegrazione a tutto tondo) al solo licenziamento non comunicato per iscritto. Ne deriva che il datore di lavoro (o almeno un datore di lavoro abbinato) potrebbe omettere ogni informativa sulle ragioni del recesso, scegliendo una tattica attendista nelle more dell'impugnazione da parte del lavoratore. Si consuma in tal modo una evidente *svalutazione delle regole formali e del diritto di difesa*, che appare *ictu oculi* di dubbia costituzionalità<sup>1214</sup>.

La questione è in qualche modo collegata anche al problema dell'articolazione dell'*onere della prova*, anche se circolano opinioni diversificate. È evidente che in tale contesto deve giocoforza essere ancor più riaffermata la vigenza del principio della c.d. inversione probatoria sancito dall'art. 5 della l. n. 604 del 1966, senza i distinguo che già si affacciano in alcune letture ultra-liberiste della nuova disciplina<sup>1215</sup>.

### 3. Licenziamento, giustificazione e tipologia negoziale

Un secondo ordine di questioni strutturali risponde al seguente interrogativo: la diversificazione dell'apparato sanzionatorio in quattro sottospecie pone in modo nuovo e diverso i rapporti fra licenziamento e giustificazione? In sostanza si può dire ora che il datore di lavoro proceda alla comunicazione di tanti "tipi" di licenziamento quanti sono i diversi apparati sanzionatori, così disperdendosi l'unitarietà del negozio di recesso?

La questione ha ragione di porsi dal momento che ripropone la grande alternativa fra regimi applicabili in funzione della *natura* del licenziamento che la giurisprudenza prospettava *olim* (prima dell'entrata in vigore della l. n. 223 del 1991) nel sottolineare il carattere *ontologicamente* diverso

<sup>1213</sup> Sullo sdoppiamento del procedimento giudiziale di verifica, anche se con esiti non condivisibili, v.: MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 438 ss.

<sup>1214</sup> V. le due contrapposte letture del problema di SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 544 (che evoca il sospetto di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.) e di MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 19 (del dattiloscritto), che in tale situazione, con una lettura "correttiva" della disposizione, ritiene applicabile la reintegrazione.

<sup>1215</sup> Per MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., 441 ss. la prova del *fatto materiale* su cui si basa il licenziamento incombe sul datore ex art. 5 legge n. 604 del 1966, mentre quella diretta a dimostrare che il licenziamento si basa su una causale diversa da quella invocata dal datore incombe sul lavoratore. Per SPEZIALE (*La riforma del licenziamento*, cit., 551), la nuova previsione non modifica l'articolazione dell'onere probatorio prevista dall'art. 5 della legge n. 604 del 1966.

del licenziamento collettivo rispetto a quello individuale<sup>1216</sup>. Si potrebbe così ipotizzare una sorta di distinzione *tipologica* fra i vari modelli di licenziamento; l'esistenza cioè di tanti tipi di licenziamento quante ne possono essere le motivazioni. Si verrebbe in tal modo ad ingenerare una contrapposizione, non solo nell'ambito della coppia licenziamento individuale/licenziamento collettivo, ma anche fra le più complesse intersezioni derivanti dalle diverse articolazioni del licenziamento individuale (per giusta causa, per giustificato motivo soggettivo e per giustificato motivo oggettivo).

In realtà, anche all'esito della riforma, resta indiscutibile che il datore di lavoro non comunica "tipi" di licenziamento, ma rende edotta la controparte della propria volontà di recedere dal rapporto, in presenza di determinati *presupposti di legittimità* previsti dall'ordinamento (presupposti che non costituiscono né la causa né il motivo del negozio)<sup>1217</sup>.

Per converso la tipicità dell'atto di recesso sta tutta nella espressione della volontà di rompere il vincolo contrattuale e dunque, sotto questo profilo, non è invocabile alcuna autonomia strutturale delle varie sottospecie di licenziamento individuale. La funzione dell'articolazione delle specie di licenziamento è solo quella di consentire una graduazione dell'apparato sanzionatorio.

Tale conclusione – che può apparire dotata di sterile e singolare astrattezza – è al contrario funzionale all'affermazione della permanente spendibilità, anche nel sistema riformato, dell'istituto della *conversione*, che invece dovrebbe escludersi ove si ragionasse per "tipi" di licenziamento, quali vasi non comunicanti.

Anche nel nuovo sistema resta quindi intatto il potere del giudice di derubricare, in applicazione del principio di proporzionalità, un licenziamento per giusta causa in un licenziamento per giustificato motivo soggettivo, con le ovvie conseguenze in termini di spettanza dell'indennità di mancato preavviso.

#### 4. Recesso e risoluzione giudiziale

Vi è poi da prendere atto che il legislatore, armato di volenteroso pragmatismo, non esita a sostituire allo strumento del recesso, che – bene o male – riconduce alla volontà della parte recedente l'effetto dell'estinzione del vincolo obbligatorio, quello della *risoluzione giudiziale del rapporto* in almeno tre situazioni: a) nelle «altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa», diverse da quelle di cui al 4° co. dell'art. 18; b) nelle «altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del ... giustificato motivo» oggettivo, al di fuori della verificabilità di una sua «manifesta insussistenza»; c) nel caso di vizi esclusivamente formali.

Sembra transitarsi così da un potere unilaterale stragiudiziale, dotato di efficacia costitutiva<sup>1218</sup>, controllato *ex post* dal giudice e sottoposto ad un vaglio di legittimità/illegittimità (validità/invalidità), ad una delega a quest'ultimo del potere di risolvere il rapporto; delega legata oltretutto all'esercizio di una discrezionalità («il giudice "può" applicare ...») dai confini del tutto indeterminati.

<sup>1216</sup> Il richiamo più puntuale alla articolazione tipologica delle varie specie di licenziamento è rinvenibile in: Cass., 18 ottobre 1982, n. 5396, in *Foro it.*, 1983, I, 1338.

<sup>1217</sup> Oltre al classico studio di NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, v. più di recente: NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 616 ss.

<sup>1218</sup> V. sul punto: NOGLER, *Licenziamenti individuali*, cit., 616.

In tali situazioni l'effetto estintivo viene quindi ricondotto ad un *intervento costitutivo* del giudice terzo e sottratto all'autonomia delle parti, con una *paradossale accentuazione* del ruolo del giudice, che si pone in controtendenza rispetto alla conclamata volontà di restringerne la discrezionalità nella materia dei licenziamenti.

### 5. L'idoneità del licenziamento a risolvere il rapporto nel nuovo sistema

Ad un ordine di valutazioni più consueto ci introduce la questione relativa alla *idoneità* del licenziamento illegittimo a *risolvere il rapporto di lavoro*.

In precedenza la discussione nasceva dalla sostanziale unificazione degli effetti del licenziamento genericamente invalido in un unico regime sanzionatorio, ad onta della strutturale diversità dei vizi del negozio (inefficacia, nullità, annullabilità).

L'approdo interpretativo più diffuso – in particolare dopo la novella di cui alla legge n. 108 del 1990 – conduceva gli interpreti a ritenere che le tre situazioni fossero considerate dal legislatore secondo il regime della *nullità*, con la conseguente affermazione della *giuridica continuità* del rapporto «idealmente» mai interrotto e che fossero, per converso, inattendibili sia le opzioni che sostenevano l'idoneità del licenziamento ad interrompere il rapporto sia quelle che, riconducendo il fenomeno allo schema civilistico dell'annullabilità, ritenevano che il recesso annullabile sarebbe stato produttivo di effetti precari fino alla declaratoria giudiziale di annullamento che, operando (in modo «costitutivo») con effetto *ex tunc*, avrebbe ricostituito *a posteriori* la continuità del rapporto.

Intanto, per il periodo successivo alla sentenza già la versione originaria dell'art. 18 riferiva al datore di lavoro l'obbligo di pagare *la retribuzione*, così alludendo ad un rapporto che continuava riprendendo in capo al datore un'obbligazione di origine contrattuale, quale il pagamento della retribuzione. Restava piuttosto da spiegare come mai, per il periodo anteriore alla reintegrazione, la legge definisse la prestazione dovuta dal datore di lavoro come «risarcimento dei danni», dando l'impressione che si trattasse di un *ristoro per equivalente* e non della *permanenza* dell'obbligo retributivo. Anche tali interrogativi però trovavano una risposta ragionevole sul presupposto che la prestazione dovuta per il periodo intermedio dal datore di lavoro cumulasse in sé una funzione complessa, non solo *reintegratoria delle utilità perdute* per effetto del licenziamento, ma anche *affittivo-sanzionatoria*, considerando il *limite minimo di cinque mensilità* comunque dovuto.

Il che consentiva di sostenere che l'ordinamento reagisse al licenziamento illegittimo — nell'area della tutela reale — con un duplice atteggiamento: da una parte considerava il datore di lavoro *inadempiente* all'obbligazione di lavoro e lo condannava alla ricostruzione degli effetti del rapporto *ab origine* (con il pagamento della retribuzione), dall'altra prefigurava una misura minima ed indefettibile del «risarcimento», che aveva natura di penale. Quest'ultima si giustificava non come reazione nei confronti dell'inadempimento, ma come sanzione nei confronti dell'*impiego arbitrario di un potere «di fatto»*, quale è quello di sciogliersi dal vincolo obbligatorio. La particolarità di tale atteggiamento normativo stava nel fatto che il «veicolo» utilizzato (risarcimento) era il medesimo adoperato per la ricostruzione degli effetti della continuità del rapporto.

Ciò posto, l'itinerario ricostruttivo appena evocato può essere ritenuto ancora attuale ma *esclusivamente* con riferimento all'ambito di applicabilità della *tutela forte*, la cui struttura è del tutto appaiabile alla precedente. Si continua a prevedere infatti che, per il periodo intermedio, il giudice

deve condannare il datore di lavoro al risarcimento del danno subito, stabilendo *un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione* (comunque non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto) e al *versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione*. Come si vede vi è la conferma esplicita della *ricostruzione integrale degli effetti del rapporto* ivi compresa la ricostituzione della posizione previdenziale del lavoratore.

Per converso il licenziamento annullabile negli «altri casi» descritti dai commi 5 e 7 dell'art. 18 e quello viziato sul piano formale (comma 6 dell'art. 18) costituiscono atti del tutto idonei a risolvere il rapporto, essendo assoggettati ad una sanzione a carattere solo indennitario.

E la medesima conclusione dovrebbe valere anche per il *licenziamento annullabile*, nelle fattispecie descritte dal 4° co. dell'art. 18.

## 6. La nuova «stabilità» ed il problema della prescrizione

Al quesito precedente se ne ricollega uno ulteriore che può avere ricadute pratiche non secondarie: quale può dirsi oggi il regime vigente in materia di licenziamenti nell'ambito coperto dall'art. 18? Garantisce esso la stabilità del rapporto o è ormai piegato ad una protezione di tipo indennitario, costituendo la tutela reale un'eccezione legata solo ad eventi poco diffusi ed eccezionali?

Sulla questione si è già aperta una accesa discussione che vede fundamentalmente contrapposte due posizioni antitetiche. La prima rivendica la *priorità* della *tutela economica*, posto che la reintegrazione sarebbe destinata ad operare solo in via residuale<sup>1219</sup> o, addirittura, solo nell'ipotesi di assoluta "pretestuosità" del licenziamento<sup>1220</sup>. Una seconda assume, invece, che potrebbe oggi al più ragionarsi di una maggiore *flessibilità* dell'apparato sanzionatorio, senza che tale flessibilità possa sconfinare in una vera e propria residualità della tutela reale<sup>1221</sup>.

Per la verità vi è anche una terza opzione interpretativa che, di fatto, renderebbe davvero residuale l'ambito di estensione della tutela indennitaria. Si tratta della posizione, a suo modo originale, nel suo radicalismo, che risolve il problema *ab ovo* qualificando il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo (soggettivo o oggettivo) sempre e comunque discriminatorio e/o illecito, posto che «qualunque causa giustificativa *diversa* da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento – come tale *inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore, prive di attinenza con la prestazione di lavoro* – è per ciò stesso discriminatoria o illecita»<sup>1222</sup>. Il presupposto teorico del ragionamento è che la tutela antidiscriminatoria evoca delle ipotesi di *illiceità della causa dell'atto*, con la conseguenza che non sarebbe

<sup>1219</sup> Per questa opinione v.: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 437.

<sup>1220</sup> VALLEBONA (*La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 50) ritiene applicabile la tutela reintegratoria attenuata solo in caso di «ingiustificatezza macroscopica equivalente al "torto marcio"».

<sup>1221</sup> Così: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 557.

<sup>1222</sup> M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, *Relazione* al XVII Congresso nazionale AIDLASS – Pisa 7-9 giugno 2012, 22 ss. del dattiloscritto (la citazione è a p. 25).



discriminatorio solo il licenziamento che non evoca una causa illecita (se l'inadempimento è punito con sanzione conservativa o se viene qualificato come economico un licenziamento disciplinare).

Si tratta peraltro di una posizione che non solo è contraria al testo ed alla *ratio* dell'intervento normativo<sup>1223</sup>, ma rimette in discussione il punto pacificamente acquisito, secondo cui la giustificazione del licenziamento ne costituisce il presupposto di legittimità, senza integrare la causa o il motivo del negozio di recesso<sup>1224</sup>.

La questione, in verità, sarebbe oziosa, ponendosi su di un piano meramente classificatorio, se non acquisisse una pesante rilevanza sul diverso terreno del vetusto problema della *decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*.

Se dunque esso viene affrontato da quest'ultimo angolo visuale ciò che rileva è se, all'esito della riforma, il rapporto di lavoro conserva i requisiti di "stabilità" fissati da una risalente tradizione giurisprudenziale, secondo cui è «stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»<sup>1225</sup>.

Orbene se la domanda è questa è difficile sottrarsi all'impressione che – ferma la permanente rilevanza dei presupposti di legittimità del licenziamento – la *rimozione integrale* degli effetti del licenziamento è ristretta alle sole situazioni (le più gravi e – si spera – statisticamente meno diffuse) di radicale nullità del negozio di recesso, laddove tale carattere non presenta non solo la tutela esclusivamente indennitaria, ma anche il regime di reintegrazione attenuata. Quest'ultimo infatti non è tecnicamente idoneo a rimuovere *integralmente* gli effetti del licenziamento, essendo la ricostruzione del rapporto, per il passato, limitata ad un risarcimento, di cui è fissata *a priori* la soglia massima, che prescinde dalla effettiva durata della rottura della continuità dell'occupazione.

Ne deriva che il rapporto di lavoro ha perduto con la riforma del 2012 i rigorosi requisiti di stabilità prefigurati dalla giurisprudenza e dunque i termini di prescrizione dei crediti di lavoro – sulla base della regola fissata dalla Corte costituzionale nel lontano 1966 – sono destinati a non correre in costanza di rapporto<sup>1226</sup>.

<sup>1223</sup> V. le giuste critiche, fra gli altri, di SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 546 ss. e BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. dir.*, 2012, 458.

<sup>1224</sup> Cfr. anche NOGLER, *Licenziamenti individuali*, cit., 619 ss. che sottopone a critica l'idea della utilizzabilità della teoria dell'abuso del diritto in materia di verifica della legittimità del giustificato motivo oggettivo, con riferimento alla monografia di M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005.

<sup>1225</sup> Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *FI*, 1976, I, 915; sul tema della stabilità v. altresì: MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, 537.

<sup>1226</sup> Contraddittoria è, sul tema della prescrizione, la posizione di MARESCA (*Il nuovo regime*, cit., 454 ss.) che, pur ritenendo, nel nuovo sistema, prevalente la tutela economica (e solo eccezionale e residuale quella reintegratoria) assume che «le modifiche dell'art. 18 possano continuare a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro», pur contestualmente auspicando un intervento del legislatore. CESTER (*Il progetto di riforma*, cit.), invece, seguendo la linea di pensiero esposta nel testo sottolinea l'incertezza per il lavoratore circa la tutela applicabile al licenziamento, tutela che dipende da

## 7. La capacità espansiva della reintegrazione

Di certo con la riforma del 2012 ha compiuto un ulteriore passo in avanti la c.d. capacità «espansiva» della tutela reintegratoria, la tendenza cioè dell'art. 18 a proporre una *unificazione regolativa* di tutte le specie di licenziamento illegittimo, sottraendo ulteriori fattispecie al dominio dell'invalidità di diritto comune<sup>1227</sup>.

Fino ad oggi doveva dirsi che quelli proposti dalla (pur autorevole) giurisprudenza costituivano solo degli *obiter dicta*, che non sempre sono stati coltivati e sviluppati in altre decisioni.

Il nuovo testo dell'art. 18 invece assoggetta alla sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, oltre alle varie specie di licenziamento discriminatorio altresì ulteriori situazioni (come il licenziamento per causa di matrimonio o di maternità) in precedenza sanzionate con la nullità di diritto comune, ma anche tutte le ipotesi riconducibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.

Resta probabilmente fuori dallo specchio normativo una sola situazione: *l'inefficacia* del licenziamento, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, per *omessa motivazione* che, *nell'area della tutela obbligatoria*, dovrebbe, a rigore, ricadere ancora entro l'ambito coperto dalle sanzioni di diritto comune.

## 8. Il licenziamento nullo e l'area della tutela reintegratoria forte

La *tutela reale forte* – corrispondente cioè a quella prevista nel precedente assetto normativo – si applica ad una serie di ipotesi di *nullità del recesso* riconducibili: a ragioni discriminatorie o per causa di matrimonio ovvero in violazione dei divieti legati alla condizione di maternità della donna lavoratrice o, ancora, «ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile». La medesima sanzione si applica altresì al licenziamento *inefficace* perché *comunicato oralmente* (ma non, come abbiamo ricordato, al recesso privo di motivazione, che riceve una sanzione solo economica).

Da notare che il regime di tutela reintegratoria piena nelle tre situazioni descritte si applica *quale che sia la dimensione occupazionale del datore di lavoro* (ed anche ai lavoratori appartenenti alla categoria *dirigenziale*).

La *fattispecie* di riferimento non è stata modificata e va rinvenuta nelle ormai ampie nozioni di «discriminazione» disseminate nella disciplina speciale. A tali ipotesi si aggiunge, in funzione *residuale*, la nullità del recesso per *motivo illecito* o per altre ipotesi eventualmente previste dalla legge.

Cambia peraltro e radicalmente il contesto di riferimento. Nel nuovo sistema, nella prospettiva del lavoratore, la dimostrazione della discriminatorietà del licenziamento assume un ruolo fon-

---

variabili «che non sono ancora attuali nel momento in cui il lavoratore debba decidere se azionare il suo diritto onde evitarne la prescrizione o attendere».

<sup>1227</sup> Fra i più rilevanti precedenti giurisprudenziali ricordiamo: Corte cost., 24 marzo 1988, n. 338 (in *Dir. lav.*, 1988, II, 759), che ritenne estensibile la tutela reintegratoria anche a fattispecie non previste, ma assimilabili quanto a *ratio*; Cass., 23 novembre 1990, n. 11311 (in *Foro it.*, 1991, I, 476) che dichiarò che il rapporto di lavoro di una lavoratrice, che, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 903 del 1977, aveva diritto alla prosecuzione del rapporto, è assistito da stabilità ed al medesimo, in caso di declaratoria dell'illegittimità del licenziamento, trova applicazione direttamente l'art. 18, quale che sia la dimensione dell'impresa.

damentale. Il che comporterà logicamente un ulteriore affinamento del concetto di discriminazione, con un allargamento dell'area coperta dai licenziamenti *ritorsivi*, che dovrà ovviamente rifuggire dalle due posizioni estreme: quella di considerare tutti i licenziamenti come discriminatori (come dire: perché io e non un altro?) e l'altra di escluderne sempre e comunque la rilevanza, relegandola alle sole ipotesi di scuola di una discriminatorietà, conclamata come tale.

È chiaro che la partita si giocherà sull'articolazione dell'*onere probatorio* e su questo piano è ben noto che agisce il sillogismo giurisprudenziale, secondo cui la giustificazione del recesso fa necessariamente aggio sulla sua discriminatorietà<sup>1228</sup>. Come dire che al datore di lavoro è sufficiente dimostrare che il licenziamento è sorretto da una qualche giustificazione (oggettiva o soggettiva) per escluderne in radice il carattere discriminatorio.

È peraltro largamente presumibile che tale invalsa *communis opinio* sia destinata necessariamente a ridimensionarsi e per una ragione pressoché ovvia: nel nuovo sistema la discriminatorietà del licenziamento delinea un'*alternativa sanzionatoria* e quindi la sua verifica in concreto corrisponde ad uno specifico interesse del lavoratore.

A ciò si aggiunga che le indicazioni che provengono dal diritto dell'Unione (art. 8 della direttiva 2000/43/CE in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica ed art. 10 della direttiva quadro 2000/78/CE, in materia di parità di trattamento quanto all'occupazione ed alle condizioni di lavoro) alleggeriscono l'onere probatorio per il lavoratore ricorrendo, in presenza di determinati requisiti, all'operatività di presunzioni e ribaltando sul datore l'onere di comprovare l'*inesistenza della discriminazione*<sup>1229</sup>.

## 9. Il licenziamento annullabile fra tutela reintegratoria attenuata e tutela indennitaria forte

L'area coperta dal *licenziamento annullabile* è quella che ha dato luogo alle discussioni più accese, dal momento che è in questo ambito che si consuma la grande alternativa fra una tutela reintegratoria, se pure attenuata, ed una esclusivamente economica. Ed è ovvio che quanto più si ritiene di poter restringere l'area coperta dalla prima tanto più si allarga quella coperta dalla seconda.

Ricordiamo sinteticamente le situazioni cui esse fanno reciprocamente capo.

La *tutela reintegratoria attenuata* si applica con riferimento alle seguenti situazioni:

a) in caso di (assenza di) *giusta causa o giustificato motivo soggettivo*, ove il *fatto* contestato *non sussista* ovvero il medesimo rientri tra le *condotte punibili con una sanzione conservativa* sulla base delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicabili;

b) in caso di (assenza di) *giustificato motivo oggettivo* connesso all'inidoneità fisica o psichica del lavoratore (art. 4 della l. n. 68 del 1999) o per il mancato superamento del periodo di comporto (art. 2110, 2° co. cod. civ.);

<sup>1228</sup> V. ad es.: Cass., 25 maggio 2004, n. 10047, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1623.

<sup>1229</sup> In argomento v. la persuasiva dimostrazione di TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA a commento della l. n. 92 del 2012 di prossima pubblicazione; v. altresì BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, cit., 460 ss.

c) in caso di *manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, con la essenziale particolarità secondo cui in tale ipotesi il giudice *può* (non *deve*) applicare il regime attenuato, dovendosi ritenere che potrebbe logicamente optare per l'applicazione del regime reintegratorio *pieno*.

In tali casi la tutela consiste nell'ordine di reintegrazione, ma con *diversa* articolazione del risarcimento per il periodo intermedio, che non può essere superiore a *dodici mensilità di retribuzione* (dedotto l'*aliunde perceptum e percipiendum*). Resta ferma la copertura contributiva per l'intero periodo (dal licenziamento alla reintegrazione), dedotta la contribuzione versata con riferimento alla eventuale attività lavorativa svolta *medio tempore*.

La tutela *indennitaria forte* si applica invece ad *altre ipotesi* riconducibili alla nozione di *licenziamento annullabile*:

a) in tutti i casi, diversi da quelli ricordati in precedenza, di assenza di *giusta causa o giustificato motivo soggettivo*;

b) in tutti i casi, diversi da quelli ricordati in precedenza, di assenza di *giustificato motivo oggettivo*.

Il regime consiste nella *declaratoria giudiziale della risoluzione del rapporto di lavoro*, con effetto dalla data del licenziamento e nella condanna del datore al pagamento di un'*indennità risarcitoria* onnicomprensiva determinata tra un *minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità* dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, nonché delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della nuova procedura obbligatoria di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

Per quanto riguarda la *giustificazione soggettiva* ha suscitato molte discussioni (e di certo continuerà a suscitare nelle applicazioni giurisprudenziali) l'adozione dell'espressione «fatto contestato» essendosi divaricata la relativa interpretazione fra chi vi ravvede un *fatto materiale*<sup>1230</sup> e chi invece ritiene che essa alluda piuttosto ad un *inadempimento*<sup>1231</sup>. Scusandomi per la semplificazione a me pare che la prima prospettiva sia davvero cervellotica. Come è sostenibile che possa essere sufficiente a giustificare il licenziamento l'allegazione e la successiva prova di un mero fatto materiale del tutto irrilevante dal punto di vista disciplinare? Si tratterebbe di una lettura del tutto priva di ogni, sia pur minimo, barlume di ragionevolezza.

Ma non è solo un argomento logico che orienta verso la seconda interpretazione: lo è anche un argomento *testuale*. Il fatto non è evocato dalla norma nella sua (irrilevante) materialità, ma deve essere un fatto che «rientra fra le condotte punibili» dai codici disciplinari in concreto applicati nell'impresa. Il che significa che il fatto è specificamente qualificato dal legislatore *come una condotta disciplinarmente rilevante*, posto che i codici disciplinari, intanto contemplano fatti materiali, in quanto essi rientrano entro lo spettro di una astratta punibilità.

<sup>1230</sup> V.: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 438 sss.; TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 st. lav. per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 877; VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 57.

<sup>1231</sup> F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 540 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 552 ss. Parla di fatto materiale, cui, in prima battuta, è estraneo ogni profilo valutativo, con esiti non del tutto chiari (anche se contestualmente sottolinea che i fatti non sempre sono facilmente isolabili): CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 569 ss.

Dunque, ad onta dell'adozione di una terminologia più vicina al diritto penale che al diritto (privato) del lavoro, è indiscutibile che la legge alluda alla esistenza di un *inadempimento* del lavoratore ed alla sua *imputabilità* al medesimo.

Ne deriva che il giudice, lungi dal dover verificare l'esistenza di un fatto nella sua materialità, dovrà prendere in considerazione una *condotta* posta in essere dal lavoratore e indagare – sotto questo primo profilo – l'effettività della sua verifica concreta<sup>1232</sup>.

Ma il giudice non potrà ovviamente arrestarsi di fronte a questa prima verifica. Dovrà anche indagare sulla collocabilità della condotta del lavoratore entro le previsioni del codice disciplinare, alla stregua del processo di tipizzazione ivi contenuto. E dovrà farlo per verificare se il comportamento del lavoratore è specificamente collocato fra quelli meritevoli di sanzioni minori rispetto al licenziamento. E fin qui *nulla questio*, se ed in quanto il comportamento evocato come ragione di licenziamento sia sicuramente collocabile entro una specifica tipizzazione contrattuale (pensiamo alla classica assenza arbitraria superiore o inferiore ad una determinata soglia temporale).

Il problema sorge invece avendo riguardo a quelle formulazioni contrattuali, diffuse nella contrattazione collettiva di tutti i settori, in cui la condotta del lavoratore suscettibile di dar luogo ad un licenziamento sia descritta *in modo approssimativo o generico* o rinvii ad una classe di comportamenti suscettibile di essere, a sua volta, riempita da ulteriori specificazioni.

Pensiamo alla diffusa categoria della "insubordinazione", rispetto alla quale la reazione sanzionatoria è spesso graduata avendo riguardo alla sua gravità, secondo uno spettro che spazia dalla insubordinazione lieve a quella grave o gravissima (meritevole del provvedimento espulsivo). In tali casi il contratto non ci dice a quale fatto materiale debba attribuirsi la qualificazione di insubordinazione lieve o grave. Resta conseguentemente aperto un ulteriore spazio di intervento del giudice che, dopo avere individuato il fatto e verificata la sua ricorrenza in concreto, dovrà collocarlo entro la categoria astratta (insubordinazione) evocata dal codice disciplinare<sup>1233</sup>.

Ed in quest'ultima fase del procedimento qualificatorio giocherà un ruolo ineludibile il *principio di proporzionalità* (art. 2106 c.c.), intorno al quale, nel corso dei lavori preparatori della legge n. 92 del 2012 si è giocata una partita ambigua e sostanzialmente inutile. Il principio di proporzionalità infatti ha un suo fondamento razionale (e risponde ad una elementare garanzia di civiltà giuridica) e la sua applicazione è ineludibile in materia disciplinare<sup>1234</sup>.

Problemi ancora più complessi pone il raffronto fra le situazioni descritte e le «altre ipotesi» di licenziamento *annullabile* (diverse da quelle ricordate in precedenza) di assenza di *giusta causa o giustificato motivo soggettivo*, evocate dal 5° comma dell'art. 18 e che darebbero ingresso ad una tutela solo indennitaria.

<sup>1232</sup> Nello stesso senso sembra pronunziarsi anche SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 553.

<sup>1233</sup> L'esempio è tratto da uno dei primi provvedimenti giurisdizionali conosciuti; v. Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012 (Giud. Marchesini), su cui v. le condivisibili osservazioni di F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 4-5.

<sup>1234</sup> Sulla ineludibilità di un controllo di proporzionalità della reazione sanzionatoria del datore di lavoro v.: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 554; BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, cit., 458 ss.

La *ratio* della previsione qui appare sostanzialmente indiscutibile: si vuole parare l'*incertezza applicativa* e la discrezionalità giudiziale *rispetto a comportamenti non contemplati dal codice disciplinare*<sup>1235</sup>.

In tali casi la decisione circa la riconducibilità dell'inadempimento alla giusta causa o al giustificato motivo soggettivo è integralmente rimessa alla discrezionalità del giudice, con una amplificazione dell'*incertezza applicativa*. Di qui la prefigurazione di una sanzione solo economica che, quanto meno, può dare un margine di prevedibilità (fra un minimo ed un massimo) in termini di costi. In sostanza il fatto che l'inadempimento non esista o che il medesimo sia punibile, secondo le regole negoziali collettive applicate al rapporto, con una sanzione minore, costituiscono tutti fatti dotati di una apprezzabile prevedibilità per il datore di lavoro e dunque la violazione di regole conosciute o conoscibili *ex ante* comporterà il ripristino della relazione giuridica (se pure con una soluzione meno costosa e compromissoria per il periodo intermedio). Viceversa se la valutazione del comportamento del lavoratore come inadempimento è il frutto di una decisione unilaterale del datore di lavoro, l'alea della scelta comporta una sorta di "sconto" sul piano della reazione sanzionatoria all'illegittimità del licenziamento.

Come dire insomma che se il datore di lavoro si assume la responsabilità di sanzionare con il licenziamento un comportamento non tipizzato dal codice disciplinare, il suo azzardo sarà compensato dalla astratta prevedibilità del costo economico dell'operazione.

Il ragionamento non fa una piega, ma come la mettiamo con un licenziamento giustificato da un comportamento del lavoratore astrattamente punibile con una sanzione minore, che però non sia contemplato nelle tipizzazioni previste dalla contrattazione collettiva? La lettera della legge induce a ritenere che anche un inadempimento per c.d. bagatellare del lavoratore – come tale valutato dal giudice – sol perché la specie non è prevista dal contratto collettivo debba comportare l'applicazione di una tutela risarcitoria e non di quella reintegratoria.

Resta solo da chiedersi come possa giustificarsi in termini costituzionali, in relazione al principio di eguaglianza e ragionevolezza, la palese difformità di trattamento che si ingenera fra due situazioni sostanzialmente *identiche*, sul piano del carattere irrisorio dell'inadempimento, a seconda che siano o no contemplate nei codici disciplinari.

Ma non è tutto. Nell'art. 18 riformato manca ogni riferimento ad una categoria che gioca un ruolo essenziale nella verifica della legittimità di un licenziamento disciplinare che è quella delle sua necessaria *tempestività*. In passato non vi era motivo di farne menzione dato che tutte le forme di illegittimità del licenziamento erano assoggettate alla medesima reazione sanzionatoria.

Oggi viceversa occorrerà trovare a tale categoria uno spazio entro le sub-fattispecie di licenziamento ingiustificato enumerate dall'art. 18 riformato.

Intanto ricordiamo che la questione della tempestività del recesso ha a che fare con il *fondamento* stesso del potere disciplinare (irrilevante essendo che sfoci in una sanzione conservativa o in una espulsiva). Tale potere è conferito al datore dall'ordinamento – alla stregua di ben note ricostruzioni dottrinali<sup>1236</sup> – allo scopo di ricostituire la normalità organizzativa aziendale ferita da un comportamento disorganizzativo del lavoratore. Trattandosi però di un potere del tutto eccezionale

<sup>1235</sup> V. per tutti: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 440.

<sup>1236</sup> V.: MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973.

nell'ambito della dinamica del diritto privato, esso deve essere esercitato in modo conforme alla sua funzione. Esulerebbero da tale ambito quelle reazioni sanzionatorie poste in essere ad una notevole distanza di tempo dalla conoscenza dei fatti, per la semplice ragione che il tempo trascorso costituirebbe la prova provata dell'irrelevanza disciplinare del comportamento, *secondo la valutazione dello stesso titolare del potere*.

Ciò posto si potrebbe collocare il licenziamento disciplinare, viziato sotto il profilo della tempestività, entro il riferimento alle «*altre ipotesi*» in cui, secondo la legge, non ricorrono giusta causa o giustificato motivo. A tale lettura potrebbe opporsi però che i commi quarto e quinto dell'art. 18 si occupano, in realtà, del *solo* problema della *giustificazione del recesso*, e definiscono annullabili (con varie articolazioni sanzionatorie) varie specie di licenziamento ingiustificato. L'articolazione delle sanzioni in varie sottospecie, a seconda della qualità della giustificazione, gioca qui nel senso di rendere *rigorose e tassative* le situazioni giuridiche evocate, con la conseguenza che quei due diversi apparati sanzionatori non potrebbero trovare applicazione se non alle specie di annullabilità puntualmente evocate e riferite – senza residui – al problema della *giustificazione*. Di qui l'impossibilità di collocare entro il descritto regime dell'annullabilità anche il recesso disciplinare intempestivo.

Sembrerebbe da escludere anche la collocazione fra le ipotesi di *inefficacia* del licenziamento «per violazione ... della procedura di cui all'art. 7» dello statuto dei lavoratori, non rientrando l'intempestività del recesso entro la rigorosa scansione procedurale prefigurata da quest'ultima disposizione.

Resterebbe da ultimo la possibilità di vagliarne la collocazione entro il primo comma dell'art. 18, se ed in quanto si possa affermare, in concreto, che una reazione sanzionatoria intempestiva rifluisca in un motivo illecito, lasciando presumere un impiego ritorsivo e/o discriminatorio del potere (a patto che se ne fornisca la dimostrazione anche presuntiva).

Passando alla *giustificazione oggettiva* la tutela reale attenuata, come abbiamo detto, trova applicazione solo in caso di *manifesta insussistenza del fatto* posto a base del giustificato motivo oggettivo.

Già nella fase di elaborazione parlamentare del progetto di legge si è molto discusso sulla dizione legislativa. È questo evidentemente il nucleo forte della riforma, che, secondo gli intendimenti originari, avrebbe dovuto condurre ad una integrale monetizzazione della illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che costituisce, come sappiamo, il terreno più evidente di scontro fra le esigenze dell'impresa e la protezione della posizione del lavoratore. La versione approvata costituisce il frutto di una evidente mediazione fra le contrapposte esigenze (che, secondo la *vulgata* giornalistica, sarebbe da attribuire allo stesso capo del governo).

Anche rispetto a tale formulazione – che più di altre tocca l'«in sé» dell'impresa – le opzioni si sono divise fra una posizione che intende valorizzare lo spirito originario della riforma e dunque ne fa una sorta di *variante semantica del licenziamento discriminatorio* (con tutte le difficoltà legate all'adempimento dell'onere probatorio per il lavoratore)<sup>1237</sup> ed un'altra che, viceversa, proponendo una lettura costituzionalmente orientata<sup>1238</sup>, cerca di bilanciare i valori della dignità della

<sup>1237</sup> V. segnatamente: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 437; VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., loc. cit.

<sup>1238</sup> Così: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 560 ss.

persona e della libertà di iniziativa economica. In tale contesto la «manifesta insussistenza» viene ricondotta alla *carenza* dei classici elementi in cui una giurisprudenza ampiamente assestata scompone la nozione di giustificato motivo oggettivo: l'esistenza della scelta economica, la verifica del nesso di causalità con il concreto licenziamento, la prova della impossibilità di collocare il lavoratore licenziato in altra posizione di lavoro interna all'impresa. Per converso «le altre ipotesi» che danno diritto ad una tutela solo economica costituiranno una variante quantitativa interna a quella verifica (il presupposto della crisi economica esiste, ma non nella misura conclamata dal datore di lavoro ovvero si intende solo incrementare i profitti o ridurre i costi, etc.).

A mio avviso è difficile fugare l'impressione che il legislatore, nel caso dei licenziamenti economici, abbia voluto limitare ad ipotesi davvero residuali il diritto ad una tutela reintegratoria: ne fanno fede le discussioni fuori e dentro il parlamento nel corso di elaborazione della disciplina.

Questo e non altro significato è possibile attribuire all'espressione «manifesta insussistenza», che non può che corrispondere – fatta salva l'imprecisione terminologica (un fatto o esiste o non esiste, mentre non si dà che un fatto sia manifestamente insussistente) – ad una *evidente e facilmente verificabile assenza di presupposti giustificativi*: ad es. si dichiara che il lavoratore sarà sostituito da una macchina e la macchina non c'è oppure si dichiara che il servizio cui è addetto il lavoratore verrà appaltato, ma l'appalto non si realizza, etc. Più discutibile è invece che la formulazione legislativa intenda alludere anche all'ipotesi in cui esistano le esigenze aziendali, ma il datore di lavoro non sia riuscito a dimostrare l'esistenza di un *nesso di causalità* fra queste ed il licenziamento proprio di quel lavoratore.

A ciò si aggiunga che, secondo il nuovo testo dell'art. 18, in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base della giustificazione oggettiva, il giudice *può* (non *deve*) applicare il regime reintegratorio *attenuato*. Di qui una ulteriore contraddizione difficilmente esplicabile del testo normativo, tanto è vero che chi ritiene che lo spazio della manifesta insussistenza coincide sostanzialmente con l'area coperta dal licenziamento discriminatorio e/o puramente pretestuoso, è costretto ad un'interpretazione *correttiva* del testo normativo, che porta a leggere quel «può» come un «deve»<sup>1239</sup>.

Più ragionevole è viceversa assumere che la prefigurazione della reintegrazione evocata come solo eventuale sia *incostituzionale* per violazione del principio di ragionevolezza avendo come *tertium comparationis* la doverosità della tutela reale nel caso di licenziamento disciplinare<sup>1240</sup>.

Ciò posto è evidente che la monetizzazione dei licenziamenti per motivi economici è sostanzialmente realizzata, dal momento che, da una parte, l'area della tutela reale attenuata è non solo residualissima, ma pure eventuale (affidata com'è alla discrezionalità del giudice), mentre, dall'altra, *tutte le altre situazioni* (quelle in cui si discute ad es. di riduzione di costi o di andamento negativo del bilancio aziendale) rientreranno nell'ambito della tutela indennitaria.

<sup>1239</sup> Così sembra: MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., 443.

<sup>1240</sup> Nello stesso senso v.: SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., 558, ove anche una critica alla posizione di Ichino che ravvede una giustificazione alla difformità di trattamento (fra giustificazioni soggettive ed oggettive) in ragione della diversa natura degli interessi in gioco.