

Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*

Franco Carinci

1. Al cuore di una riforma: l'art. 1, co. 42 della legge 28 giugno 2012, n. 92.	136
2. La rivincita dell'intentio sulla ratio.	138
3. L'escluso: il pubblico impiego privatizzato. Gli artt. 1, co. 7, 8 e 42 l. n. 92/2012 e 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001.	141
4. (segue): l'art. 1, co. 47 ss. l. n. 92/2012.	144
5. (segue): gli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001.	145
6. Il processo di formazione a strati sovrapposti del “nuovo” art. 18 St. lav.	147
7. La radicale svalutazione del vizio formale del licenziamento.	149
8. La disciplina del vizio sostanziale in chiave di “scusabilità dell'errore del datore”.	151
9. (segue): la tendenziale conversione della reintegra da regola aurea esclusiva ad eccezione.	152
10. Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito ex art. 1345 c.c. (art. 18, co. 1-3).	153
11. (segue): dall'art. 4, l. n. 604/1966 all'art. 18, co. 1	155
12. (segue): l'alternatività delle tutele offerte dall'art. 18 e dalla legislazione anti - discriminatoria.	156
13. (segue): diritto nazionale e diritto comunitario.	158
14. Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo: “l'insussistenza del fatto contestato” (art. 18, co. 4-5).	159
15. (segue): il riferimento all'art. 530 c.p.p.	162
16. (segue): la non riconducibilità del “fatto ... tra le condotte punibili con una sanzione conservativa”.	163
17. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 18, co. 7).	166
18. (segue): vecchio e nuovo nel giustificato motivo oggettivo.	168
19. Punto e a capo.	169

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 172/2013

1. Al cuore di una riforma: l'art. 1, co. 42 della legge 28 giugno 2012, n. 92.

Può apparire riduttivo rispetto ad una riforma corposa ed ambiziosa come quella contenuta nella legge 28 giugno 2012, n. 92, concentrare l'obbiettivo sull'art. 1, co. 42, che, col suo pudico *incipit* "All'art. 18 della legge 20 maggio 1970, sono apportate le seguenti modificazioni", procede a riscrivere *ex novo* l'articolo statutario³⁹⁷. Ma se è vero che l'art. 1 ("Disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore") apre a tutto campo, col duplice intento di rendere il rapporto di lavoro meno flessibile in entrata e più flessibile in uscita; è, altresì, vero che c'è stato nel secondo semestre del 2012 un autentico blocco dell'uso dello strumentario contrattuale rimesso a nuovo dai co. 9-36 (contratti precari), di contro ad un accresciuto ricorso a quello rivisitato dai co. 37-46 (licenziamenti individuali e collettivi)³⁹⁸.

Non solo, perché oggi l'art. 18, pur sempre richiamato per il licenziamento collettivo (art. 1, co. 44-46), costituisce titolo per l'accesso al rito sommario applicabile in caso di licenziamento illegittimo (art. 1, co. 47-69). Rito, questo, che certo tende a soddisfare il comune interesse ad un responso rapido circa il destino del rapporto di lavoro; ma non senza un occhio particolare al lavoratore toccato dal nuovo regime introdotto per il licenziamento ingiustificato annullabile. Il costo del tempo intercorrente fra il licenziamento ingiustificato e l'effettivo rientro in servizio che fino a ieri era in capo al datore di lavoro per l'intero, oggi, a' sensi dei co. 4 e 7 dello stesso art. 18, lo è solo fino ad un massimo di dodici mesi, restando per il resto a carico del lavoratore reintegrato.

³⁹⁷ La letteratura in materia è ormai amplissima, tanto da rendere la selezione delle citazioni non solo faticosa, ma anche relativamente arbitraria, dettata dalla conoscenza degli autori o dalla impressione rimasta consegnata alla memoria di singoli passi o riferimenti. Sicché mi sembra cosa corretta dar qui notizia almeno dei commentari tenuti presenti con riguardo ai contributi in tema di nuovo art. 18 Stat. lav.: F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33, 2012 (pubblicato anche in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 10); F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in [http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_\(legge_92_2012\).pdf](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_(legge_92_2012).pdf); M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero, I Quaderni di Wikilabour*, 2012; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Milano, 2012; A. VALLEBONA (a cura di), *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, testo *on line* www.giapichelli.it/riforma2012.html; C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Milano, 2013 che raccoglie, fra gli altri, contributi di C. CESTER, E. PASQUALETTO, M. TREMOLADA, A. TOPO, rivisti ed aggiornati rispetto a quelli già pubblicati in F. CARINCI E M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, op. cit.: essi saranno qui citati da quest'ultima fonte; P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013; V. anche R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle Leggi sul Lavoro*, Padova, 2013, che riporta la legge n. 92 del 2012 in appendice ma poi ne tratta nei commenti alle singole leggi.

Per un commento alla disciplina dei licenziamenti, largamente dedicato alla disciplina pregressa, v. G. PELLACANI, *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

³⁹⁸ Secondo i dati forniti dal Ministero del Lavoro con riguardo al IV° trimestre 2012 rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente le nuove assunzioni di lavoratori dipendenti o parasubordinati sono calate del 5,8%; mentre, i licenziamenti sono cresciuti del 15,1%. V. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - DG Politiche dei Servizi per il Lavoro, e Italia Lavoro - Staff di Statistica, Studi e Ricerche sul Mercato del Lavoro, *Sistema delle comunicazioni obbligatorie, IV nota trimestrale 2012*, aprile 2013, n. 4, in <http://www.lavoro.gov.it>.

Trattasi di dati grezzi che di per sé non ci dicono molto sugli effetti imputabili alla l. n. 92/2012. Ma da un esame dell'andamento verificatosi in Veneto nel secondo semestre 2012 risulterebbe che tali effetti siano stati forti per le assunzioni, con un crollo del 30% per il lavoro parasubordinato; mentre, siano stati minori per i licenziamenti, riconducibili soprattutto alla congiuntura negativa, come provato dall'incremento assai più netto per i collettivi, con +49,20% e più contenuto per gli individuali con +20,28%, v. in <http://www.circolonline.it/forums/topic/licenziamenti-e-legge-fornero-di-tito-boeri/>

C'è dell'altro. Secondo una lezione tralatizia, la legge 20 maggio 1970, n. 300, nota come Statuto dei lavoratori, aveva una doppia anima, costituzionale e promozionale: la prima, destinata a garantire i diritti di libertà e di dignità dei lavoratori *uti singuli*, rinveniva la sua norma base nell'art. 18 (*Reintegrazione nel posto di lavoro*); la seconda, finalizzata a sostenere i diritti di presenza e di azione dei sindacati, trovava la sua regola fondante nell'art. 19 (*Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali*).

Come noto, l'art. 19, co. 1 non sarebbe sopravvissuto intatto al *referendum* del 1995, uscendone amputato nella sua lett. a) e modificato nella sua lett. b), con conseguente stravolgimento di quello obbiettivo originario che ne aveva giustificato il giudizio favorevole del Giudice delle leggi: permettere ad organizzazioni sindacali responsabili, cioè *in primis* le tre grandi Confederazioni, di radicarsi nelle unità produttive, per poter selezionare, canalizzare, rendere negoziabile la spinta proveniente dal basso.

Sul fronte della legittimazione negoziale, l'abrogazione della lett. a) porta ad una sostituzione della formula usata per selezionare le oo.ss. titolate a svolgere la c.d. contrattazione delegata, cioè investita *ex lege* di un'attività di integrazione, supplenza o addirittura deroga: da "organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative" a "organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative". Mentre, sull'altro fronte della presenza sindacale in azienda, l'amputazione della lett. b) provoca l'insorgere dell'intricata questione di come interpretarla, con lo stesso Giudice delle leggi spintosi fino a ritenere insufficiente la mera e semplice sottoscrizione di un contratto collettivo applicabile, se non preceduta da un'effettiva partecipazione alla trattativa, ma a considerarla pur sempre necessaria. Troppo poco, a quanto sembra testimoniare la recente vicenda Fiat.

A passare indenne da un secolo all'altro è l'art. 18³⁹⁹: esaltato, da una parte, come un supremo baluardo, perché una volta espugnato, il patrimonio garantista a difesa di un corretto svolgimento del rapporto di lavoro sarebbe rimasto esposto al potere di fatto del datore di lavoro; criticato, dall'altra, come un retaggio obsoleto, perché una volta rimosso, il mercato del lavoro sarebbe risultato più fluido, con un *turnover* fisiologico, tale da diminuire il *gap* fra *insiders* e *outsiders*⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Per una lettura radicale ma suggestiva della reintegrazione assicurata dal previgente art. 18 Stat. Lav. considerata tale da trasformare il diritto del lavoro dal diritto civile dei contratti in diritto sociale di cittadinanza, se ed in quanto "il processo capitalistico venga assoggettato ... ad una politica economica generale..." v. L. Cavallaro, *A cosa serve l'art. 18*, Roma, 2012.

⁴⁰⁰ V. nel primo senso V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, op. cit., pag. 305 e segg. e nel secondo P. ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti tra property e liability rule*, Relazione introduttiva al Convegno promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" a Pescara l'11 e il 12 maggio 2012, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 25, pag. 1545 e segg.

L'Ocse, però, non ha cambiato idea, tant'è che nel capitolo dedicato all'Italia, nel lungo rapporto biennale *Going for Growth 2013* invita Roma a "proseguire il riequilibrio della tutela del lavoro, spostandola dalla protezione del posto di lavoro a quella del reddito di lavoro". Infatti, "l'eccessiva tutela del posto di lavoro per alcune forme contrattuali e una rete di protezione sociale piuttosto frammentata hanno creato un mercato duale che ostacola una distribuzione efficiente della forza lavoro", v. in <http://www.oecd.org/eco/growth/going-for-growth-2013.htm>.

Dove non è riuscito il governo di centro-destra, con Berlusconi, è riuscito un governo “del Presidente”, che è solo un espediente chiamare “tecnico”, perché politico fino all’osso, per composizione e programma⁴⁰¹. Ma certo il fatto di avere una base parlamentare coatta, ma amplissima, con centro-destra, centro-sinistra e centro, tutti insieme, se pur da separati in casa, ha reso possibile passare riforme sgradite come quelle delle pensioni e del mercato del lavoro: tutti responsabili, nessun responsabile.

Certo non c’è solo l’art. 1; ci sono anche gli artt. 2 (“*Ammortizzatori sociali*”), 3 (“*Tutele in costanza di rapporto*”), 4 (“*Ulteriori disposizioni in materia di mercato di lavoro*”). Anzi dovrebbero essere tutti letti all’unisono, come componenti di una politica del lavoro all’insegna di quella *flexicurity* sperimentata nella lontana Danimarca, fatta propria dalla UE, reclamizzata in Italia: una suggestiva accoppiata di due espressioni contrastanti quali la flessibilità e la sicurezza, possibile solo in quanto predicate rispetto a due realtà diverse, cioè la flessibilità nel rapporto e la sicurezza nel mercato di lavoro⁴⁰².

Secondo questa formula la maggior facilità di perdere il posto sarebbe compensata da una politica passiva ed attiva del lavoro effettiva ed efficace: una continuità di reddito sufficiente in misura e durata; un’assistenza congrua nella ricerca di un altro posto, per via di orientamento, riqualificazione, mediazione fra domanda ed offerta. Ma ciò richiede sul versante dell’offerta di lavoro un’utenza fornita di elevata cultura civica, un’amministrazione dotata di grande efficienza, e *last but not least* una disponibilità finanziaria elevata; e in carenza di tutto questo gli artt. 2, 3 e 4, fra abbozzi e rinvi, si rivelano largamente insufficienti.

D’altronde, come insegna la stessa esperienza danese, è sul versante della domanda di lavoro che si gioca la partita decisiva, perché per quanto si voglia fluidificare, qualificare, motivare l’offerta, se non c’è crescita non c’è neppure mobilità da posto a posto, tramite un passaggio nel mercato destinato a rimanere temporaneo; e tantomeno c’è un’espansione occupazionale capace di assicurare un lavoro a chi è al suo ingresso su quel mercato, una volta compiuto il suo percorso scolastico e/o formativo.

2. La rivincita dell’intentio sulla ratio.

Nell’affrontare la l. n. 92/2012, bisogna prendere atto che essa condivide con tutta la legislazione

⁴⁰¹ Sul *trend* legislativo di revisione delle tutele nei confronti del licenziamento illegittimo culminato nel nuovo art. 18 St. lav. di cui all’art. 1, co. 42 l. n. 92 del 2012 v. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura nel seminario “*La disciplina dei licenziamenti tra tradizione e innovazione*”, Scandicci - Firenze, 25-27 marzo 2013, sub. par. 3 del dattiloscritto. V. L. ZOPPOLI, *Flex/in security. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92), prima, durante e dopo*, 2012, Napoli, pag. 81 e segg.

Sulla rivisitazione dell’art. 18 l. n. 300 del 1970 prima della riforma, v. F. CARINCI, *Discutendo intorno all’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 35 e segg.; Id., *Provaci ancora Sam: ripartendo dall’art. 18 dello Statuto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 1 e segg.; B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull’art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in *Working paper C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, 2012, n. 140.

Sui profili processuali v. P. Tosi, *L’art. 18 St. Lav. nel processo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 6, pag. 1345 e segg.

Per una completa analisi della giurisprudenza costituzionale v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007, pag. 593 e segg.

⁴⁰² V. E. FABRIZI, V. PERAGINE, M. RAITANO, *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l’evidenza empirica*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 49 e segg.

sul mercato del lavoro emanata nel corso dell'ultimo quarto di secolo una gestazione tormentata ed una redazione compromissoria, ben testimoniata da una evidente carenza di sistematicità e di proprietà tecnica⁴⁰³.

Il che non esime affatto l'interprete dal procedere oltre una puntuale e severa ricognizione delle imprecisioni, contraddizioni, lacune; tutt'altro, perché costituisce un onere per lo studioso ed un obbligo per il giudice tradurre il linguaggio del legislatore, sì da renderlo comprensibile ed utilizzabile.

Sia chiaro: l'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale", poste in testa al Codice Civile, rimane più che mai fondamentale in un ordinamento democratico fondato sul primato del Parlamento: il senso da attribuire alla legge è "quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore". Ora, fermo restando che le "parole" costituiscono non solo il punto di partenza, ma anche il referente obbligato di tutto il percorso interpretativo c'è da ritornare sull'"intenzione del legislatore", per riconsiderare la classica distinzione fra un'intentio soggettiva consegnata ai lavori preparatori ed una ratio oggettiva incorporata in testi normativi a loro volta incardinati dentro ai rispettivi sistemi di appartenenza.

Penso che in una stagione che si potrebbe battezzare con un'espressione alla moda di "diritto liquido", l'intentio riacquisti una sua importanza a scapito di una ratio così poco intellegibile da essere manipolabile a piacere. Specie se questa intentio è considerata nella prospettiva di una tendenza già esplicitata nella legislazione precedente, se pur non senza una qual certa discontinuità dovuta all'alternanza fra centro-sinistra e centro-destra al Governo⁴⁰⁴.

Semplificando al massimo, sembra di poter individuare in tale tendenza una prima linea costituita da una sorta di stallo se non di riflusso con riguardo alla c.d. privatizzazione dell'impiego pubblico, realizzata nel decennio '90 e consacrata nell'art. 2, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 165/2001: cioè, quella riforma che puntava alla riconduzione alla casa comune costituita "dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa", dell'intero universo del "lavoro sotto padrone", fosse questo privato o pubblico. Con la c.d. legislazione Biagi, la l.d. 14 febbraio 2003, n. 30 e il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, peraltro varate all'indomani della sua morte, il legislatore sceglie di intervenire tramite una modifica della

⁴⁰³ V., in generale, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, op. cit., pag. 529 e segg.; G. FERRARO, *Un quadro d'insieme sulle tipologie contrattuali*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 3 e segg.; E. GHERA, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 21 e segg.; U. ROMAGNOLI, *Verso un futuro che sa di antico*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 243 e segg.; T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro...*, op. cit., pag. 22 e segg.

E con riguardo alla prospettiva europea v. S. SCIARRA, *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 37 e segg.

⁴⁰⁴ Mi è ben chiaro che secondo la dottrina e la giurisprudenza dominante l'art. 12 delle Disposizioni Preliminari al Codice Civile viene interpretato con una prevalenza assegnata al "significato proprio delle parole" rispetto alla "intenzione del legislatore", intesa non come volontà del "legislatore", cioè intentio, ma come volontà della "legge", cioè ratio legis. Ma l'esperienza pratica ci restituisce una tendenza a ridimensionare l'interpretazione letterale rispetto a quella logica, nonché autorizzare quest'ultima con una grandissima libertà largamente ispirata dalla politica del diritto perseguita: cfr. al riguardo A. GIULIANI, *Interpretazione della legge*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, I, Torino, 1982, pag. 218 e segg. e R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, pag. 387 e segg. Sicché a fronte di una accelerazione della produzione legislativa, la ricerca di una volontà del legislatore, come formatasi nel processo parlamentare e tradottasi nel testo definitivo, serve a conservare legittimazione democratica alla politica del diritto che ne risulta deducibile, specie se espressione di una tendenza riscontrabile nella pregressa legislazione dell'ultimo quindicennio.

preesistente disciplina comune, esplicitamente limitata al solo lavoro privato, con una delega alla concertazione fra il Ministro e le confederazioni sindacali per la armonizzazione con l'impiego pubblico (artt. 1, co. 2; 86, co. 8 d.lgs. n. 276/2003).

Il che trova la sua ragione e giustificazione nella natura stessa della modifica, tutta all'insegna di una maggiore flessibilità per il lavoro privato, che allora la si poté attuare solo in entrata, con la predisposizione a favore del datore di lavoro di una sorta di *self-service* di rapporti precari fra cui poter scegliere. Non senza, a quanto sembra, coltivare la riserva mentale di poter in un futuro prossimo attuarla anche in uscita, con una riscrittura dell'art. 18 St. lav.

Se, però la scrittura dell'art. 18 St. era già di per sé troppo rigida, a renderla ancor più tale, fino a fossilizzarla a tutto pro di una reintegra elargita a piena mani, sembrava essere una giurisprudenza "usa ed abusa" ad una discrezionalità a senso unico. Sicché, preclusa la possibilità di rimettere in discussione l'art. 18 St., l. 4 novembre 2010, n. 183 punterà a limitare tale discrezionalità in materia. In tale direzione si muoveva la valorizzazione delle clausole compromissorie a favore di una giurisdizione privata estesa anche al licenziamento, prima di essere bloccata con l'esplicita esclusione delle "controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro" (art. 30, co. 10). Ed in tale direzione si muove la stretta data sulle clausole generali, ivi comprese quelle relative al "recesso", per cui "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente" (art. 30, co. 1); e riprodotta nella chiamata in causa della contrattazione collettiva, per cui "il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione..." (art. 30, co. 3).

Ora nella l. n. 92/2012 ritorna l'opzione per una modifica limitata al solo lavoro privato, se pure il suo art. 1, co. 7 e 8 siano meno chiari ed univoci degli artt. 1, co. 6 e 86, co. 8 del d.lgs. n. 92/2012. E ritorna, altresì, la scelta per una riduzione della discrezionalità del giudice, per mezzo di quel suo art. 1, co. 43 che rafforza l'art. 30, co. 1 l. n. 183/2010⁴⁰⁵ coll'aggiungervi "L'inosservanza delle disposizioni del presente articolo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto"⁴⁰⁶; nonché per tramite di quel suo art. 42, co. 4, che valo-

⁴⁰⁵ Sull'art. 30, v. in vario senso M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2011, n. 114; G. FERRARO, *Il controllo giudiziario sui poteri imprenditoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO, *Il contenzioso del lavoro. Nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, pag. 3 e segg.; M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. MISCHIONE, D. GAROFALO, *Il collegato lavoro 2010. Commentario*, Assago, 2011, pag. 160.

⁴⁰⁶ Secondo l'opinione corrente tale aggiunta si limiterebbe a confermare un indirizzo legislativo (art. 27, co. 3 d.lgs. n. 276 del 2003 in tema di somministrazione di lavoro e art. 69, co. 3 d.lgs. n. 276 del 2003 in materia di contratto a progetto) e giurisprudenziale ormai consolidato, nel senso che sia sempre sindacabile per violazione di legge lo sconfinamento del giudice nell'ambito del potere imprenditoriale, senza potervi essere sottratto dal costituire questione di fatto, come tale non censurabile, laddove logicamente motivata: v. C. TOMIOLA, *I poteri del giudice*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 215 e segg. e

rizza la contrattazione collettiva, col prevedere che in difetto di giusta causa o di giustificato motivo “Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ... perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ...”

Non v'è dubbio che oggi come ieri la strada maestra per limitare la discrezionalità del giudice sia pur sempre quella di una legge con una finalità chiara ed una lettera trasparente. Ma resta una strada assai difficile da battere in una democrazia parlamentare, dove domina la regola del compromesso fra ispirazioni, culture e politiche del diritto diverse, che deforma la tecnica redazionale al di là di ogni migliore intenzione, sì da rendere inevitabile quella tanto deprecata supplenza giudiziale che si vorrebbe imbrigliare con una legge ... malfatta⁴⁰⁷.

3. L'escluso: il pubblico impiego privatizzato. Gli artt. 1, co. 7, 8 e 42 l. n. 92/2012 e 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001.

Un primo banco di prova è offerto dal se la l. n. 92/2012 sia o meno applicabile al pubblico impiego privatizzato. A conferma della tendenza inaugurata dalla c.d. legislazione Biagi sembrerebbe da escluderlo in forza della portata e rilevanza della l. n. 92/2012, nonché della stessa gestazione dell'art. 1, co. 7 e 8⁴⁰⁸.

M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro...*, op. cit., pag. 261 e segg.

⁴⁰⁷ Sul progetto in itinere della l. n. 92 del 2012 v. F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, op. cit.; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 547 e segg.; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, op. cit.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 437.

⁴⁰⁸ A quanto mi risulta, a richiamare l'attenzione della magistratura del lavoro sulla possibile applicabilità dell'art. 18 Stat. Lav. al pubblico impiego privatizzato sono state alcune relazioni tenute a corsi organizzati dal CSM per i giudici del lavoro nel settembre e ottobre 2012: L. CAVALLARO, *La riforma Fornero ed i licenziamenti: questioni processuali*, Agrigento 21 settembre 2012 su “*La tutela del lavoratore tra novità normative e revirements giurisprudenziali*” e R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul Rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, ora pubblicato in *Lav. Giur.*, 2013, 1, pag. 17 e segg.

La tesi della non applicabilità è stata da me sostenuta in *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, op. cit., poi ripreso in *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, op. cit., per tener conto dell'ordinanza del Tribunale di Perugia del 9 novembre 2012 favorevole all'applicabilità del 18. L'ordinanza in parola è stata poi confermata in sede di reclamo da Trib. di Perugia in composizione collegiale, sez. lav., del 15 gennaio 2013 che ha dato occasione ad un dialogo di prossima pubblicazione su *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 6 fra, favorevole all'ordinanza, L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, e, contrario, A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*. Ma v. ora anche Trib. S. M. Capua Vetere, ord., 26 marzo 2013, che si spinge fino a ritenere estendibile il suo co. 6, peraltro con riferimento al mancato rispetto del procedimento disciplinare previsto dal contratto di comparto; esclude l'applicabilità dell'art. 18 St. lav. e del rito Trib. Monza, ord., 28 febbraio 2013, inedita a quanto consta.

Si possono ricordare, inoltre, per l'inapplicabilità del “nuovo” art. 18 al pubblico impiego privatizzato S. CENTOFANTI, *Il diritto del lavoro nell'epoca del debito pubblico*, Roma, 2012, pag. 137; C. ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 5, pag. 713 e segg.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 55; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 49 e segg.; P. SORDI, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 856. E per l'applicabilità, L. CAVALLARO, nei contributi sopra citati; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 411; C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 359; A. TAPIERI, *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 825. e da ultimo F. MIANI CANEVARI, *Brevi osservazioni sugli aspetti processuali della riforma dell'art. 18 St. lav.*, di prossima pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 3.

L'intera legge è stata pensata e costruita a misura del lavoro privato, come ben testimonia in apertura l'elencazione propagandistico-educativa delle finalità perseguite di cui al suo art. 1, co. 1, cioè la realizzazione di *“un mercato inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione”*; poi confermata dalla successiva serie di misure previste a pro del contratto a tempo indeterminato, quale c.d. *“contratto dominante”*, dell'apprendistato, del contenimento del lavoro flessibile e dell'adeguamento del regime del licenziamento, dell'aggiornamento degli ammortizzatori sociali.

Sicché era assai facile dar per scontata la sua inapplicabilità all'impiego soggetto al d.lgs. n. 165/2001⁴⁰⁹. E solo quando la legge era ormai prossima ad essere varata, è emersa improvvisa e drammatica la consapevolezza che la prevista *“sostituzione”* dell'art. 18 ben poteva essere interpretata come estesa anche al pubblico impiego privatizzato. Ci fu un imbarazzante rimpallo di responsabilità fra il Ministro del lavoro ed il Ministro della pubblica funzione, cui toccò alla fine intervenire sia pur maldestramente, con quei due co. 7 e 8, assemblati in fretta e furia, proprio per evitare che quanto temuto ed osteggiato dall'intero movimento sindacale potesse verificarsi.

L'art. 1, co. 7 l. n. 92/2012, recita che le *“disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ...”*. E il successivo co. 8 precisa chi, come e perché dovrebbe dedurre tali *“principi e criteri”*: il Ministro che *“sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi dell'armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche”*.

Riecheggia la formula già utilizzata dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che, all'art. 1, co. 2, diceva chiaramente che *“Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”*; ed all'art. 86, co. 8 aggiungeva che il *“Ministro della funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ... per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti alla entrata in vigore del presente decreto”*.

La politica del diritto perseguita è la stessa, anche se resa in maniera più pasticciata, cioè quella di ritornare su una disciplina nata o divenuta comune, per differenziarla, con una modalità, peraltro, peculiare: riguardo al lavoro privato, modificarla subito per legge; rispetto al lavoro pubblico privatizzato, mantenerla per l'intanto, con contestuale *“delega”* alla contrattazione collettiva per una futura *“armonizzazione”*.

Ma l'essere più pasticciata non è cosa irrilevante, tanto da provocare una vera e propria *querelle* interpretativa circa la portata della frase contenuta nel co. 7, *“Le disposizioni della presente legge,*

⁴⁰⁹ Come è evidente la riforma ha uno scopo strumentale quello di *“realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico”*, cioè di fluidificare il solo mercato del lavoro configurabile come tale, quello privato, attraverso una serie di interventi che lo riguardano tipicamente; ciò in vista di uno scopo finale, quello della creazione di occupazione, quantitativamente maggiore e qualitativamente migliore, correlata ad una crescita sociale ed economica. Sicché pare frutto di un fraintendimento sostenere che è incoerente l'aver limitato il ridimensionamento dell'art. 18 al settore privato, perché il problema costituito dal basso livello di produttività che condiziona la crescita è assai più serio in quello pubblico, come fa L. ZOPPOLI, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno, profili giuridico-istituzionali*, <http://www.giuslavoristi.it/sezioni-regionali/lazio/osservatorio-legge-922012/dottrina/297-prof-lorenzo-zoppoli>, pag. 11; ed ancor più assumerlo come argomento a favore dell'ampliamento dell'ambito del 18 dal lavoro privato all'impiego pubblico, come L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, op. cit.

per quanto da esse non espressamente previsto costituiscono principi e criteri". Senza aprire qui una lunga parentesi, mi sembra di poter ribadire che quel "per quanto" non può logicamente riferirsi a tutto quello che è regolato nel testo normativo, perché allora sarebbe da quel che non vi è regolato che si dovrebbe procedere a dedurre i detti "principi e criteri" per il pubblico impiego privatizzato. Deve riferirsi solo a quello che vi è disciplinato come previsto esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato, che così viene direttamente ed immediatamente disciplinato (v. l'art. 1, co. 32, che sostituisce l'art. 70 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276; co. 38 che modifica l'art. 6 l. n. 604/1966).

Un'intentio radicata in una decennale tendenza legislativa, una interpretazione letterale, una tecnica praticabile e praticata, che cosa mai si dovrebbe volere di più, a meno che non si intenda far prevalere una politica del diritto non fatta propria e non propiziata dal legislatore, quale quella di recuperare una equiparazione *in pejus* fra lavoro privato ed impiego pubblico privatizzato. Tanto più che tale equiparazione *in pejus* non potrebbe valere per i dirigenti cui la Corte di Cassazione, per via di un'interpretazione acrobatica dell'art. 51 d.lgs. n. 165/2001, ha applicato il vecchio art. 18: com'è stato rilevato, la Corte costituzionale sembra ritenere necessario che sia assicurata loro una tutela reintegratoria, proprio per garantirne l'autonomia⁴¹⁰.

Ma proprio da quella stessa interpretazione letterale qui condivisa riparte chi esclude che il nuovo art. 18 sia applicabile al solo lavoro privato: se, a' sensi del co. 7, ricade sotto la l. n. 92/2012 quello che vi è regolato esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato; allora ciò vale proprio per il nuovo art. 18, in forza del rinvio mobile di cui all'art. 51, co. 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: "La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti". Dato che l'art. 51, co. 2 è a tutt'oggi in vigore, l'art. 18, così come modificato ed integrato dall'art. 1, co. 42 ss. l. n. 92/2012, varrebbe anche per il dipendente delle p.a. soggette al d.lgs. n. 165/2001.

Non c'è dubbio, un bell'argomento. Ma, già a stare alla interpretazione letterale condivisa, risulta assai più ingegnoso che persuasivo: il co. 7 fa riferimento a quanto non espressamente previsto dalle disposizioni della stessa legge, quindi contenute nel nuovo art. 18, non nell'art. 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001; e, comunque, il rinvio mobile di cui a tale ultimo articolo vale solo se ed in quanto le successive "modificazioni ed integrazioni" non abbiano escluso di poter essere applicabili anche ai pubblici dipendenti privatizzati.

Se si ritiene che questo sia il senso del co. 7, ne segue che l'art. 1, co. 42, l. n. 92/2012 per cui "a) la rubrica è sostituita ..." e "b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti ..." con riguardo all'art. 18 St. è da intendersi come limitato al lavoro privato: pone un problema non di abrogazione, ma di disapplicazione, per cui il vecchio testo non è soppresso, ma affiancato dal nuovo, che lo limita all'impiego pubblico privatizzato, col solo fatto di espropriarlo del lavoro privato⁴¹¹.

⁴¹⁰ Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351, per la quale "sul piano degli strumenti di tutela" "forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi": v. A. BOSCATI, *La difficile convivenza fra l'art. 18 e il lavoro pubblico*, op. cit., e P. SORDI, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 848 e segg.

⁴¹¹ Con riguardo alla distinzione tra disapplicazione e abrogazione, si veda la problematica sollevata dagli artt. 2, co. 2 *bis* e 72, co. 2 e segg. del d.lgs. n. 29 del 1993, su cui V. SPEZIALE, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995*. Commentario, t. I, Milano, 1995, pag. 123 e segg.

Per quanto questo possa suscitare un primo moto di istintivo rigetto, per il fatto di far convivere sotto il comune elemento distintivo di art. 18 dello Statuto dei lavoratori, un doppio testo, costituisce un modulo non solo tecnicamente fondato ma anche e soprattutto praticamente utilizzato. Quella politica di differenziazione di una regolamentazione prima comune, realizzata col mantenerla per il lavoro pubblico privatizzato e col modificarla solo per il lavoro privato per renderlo maggiormente flessibile, ha partorito non solo regimi ma anche disposti diversamente modulati a seconda degli ambiti di riferimento.

Lo ha fatto, ieri, il d.lgs. n. 276/2003, lo ha fatto, oggi, la l. n. 92/2012 con riguardo ai contratti di lavoro flessibile. Anche qui, dunque, sarebbe stato e sarebbe operante il rinvio dinamico fatto dall'art. 36, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, che delega i *"contratti collettivi nazionali ... a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro..in applicazione di quanto previsto"* dai relativi testi normativi *"e successive modificazioni ed integrazioni"*, secondo un'elencazione considerata in dottrina non esaustiva, con l'identico risultato di ridurre ad un mero *flatus vocis* del legislatore quanto sancito dall'art. 1, co. 2 d.lgs. n. 276/2003 e dall'art. 1, co. 7 e 8, l. n. 92/2012⁴¹².

D'altronde il senso di quei co. 7 e 8 era già stato anticipato dall'accordo 11 maggio 2012 fra il Ministro della funzione pubblica e le tre grandi confederazioni, dove, fra l'altro, era evidente l'intento di mantenere per il licenziamento disciplinare ingiustificato la reintegra; e, ancor più, è stato confermato dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228, c.d. di stabilità, art. 1, co. 400, dove è prevista la proroga dei contratti a termine in essere presso le pubbliche amministrazioni *"Nell'attesa dell'attuazione dell'art. 1, co. 8 della legge 28 giugno 2012, n. 92"*.

4. (segue): l'art. 1, co. 47 ss. l. n. 92/2012.

Non si è mancato, peraltro, di distinguere il destino dell'art. 18 St. lav. da quello del rito sommario⁴¹³, risultando difficile capire il perché un rito, introdotto nell'interesse comune per ottenere

⁴¹² Sul d.lgs. n. 276 del 2003 v. S. MAINARDI, *D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, pag. 1069; mentre sulla l. n. 92 del 2012 v. C. SPINELLI, *le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in) applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in P. CHIECO (a cura di) *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 833: qui si dà atto dell'orientamento favorevole all'applicabilità delle disposizioni della legge n. 92 del 2012, espresso dal Ministero per la pubblica amministrazione con i pareri 12 settembre 2012, n. 37562 (con rispetto ai termini più lunghi previsti tra un contratto e termine ed un altro) e 25 settembre 2012, n. 38226 (con rispetto al lavoro autonomo), peraltro non confermato dal parere del 28 settembre 2012, n. 38845 (con rispetto al limite dei 36 mesi).

Nel senso che, nonostante l'art. 1, co. 7 e 8, le modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 a discipline preesistenti applicabili al settore privato e pubblico valgano anche per i dipendenti dalle amministrazioni soggette al d.lgs. n. 165/2001 v. A. TAMPIERI, *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 824 e segg. e G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 229 e segg.

⁴¹³ L'opinione assolutamente prevalente è per l'obbligatorietà del rito sommario: A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 315; M. LEONE, A. TORRICE, *Il procedimento per la impugnativa dei licenziamenti: il legislatore strabico*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 ...*, op. cit., pag. 199; M. DE CRISTOFARO, G. GIOIA, *Il nuovo rito del licenziamento: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 382 e segg.; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro It.*, 2013, 3, V, col. 101; C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 349; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, par. 3.3 del dattiloscritto, di prossima pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*; P. SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e*

un responso celere circa il se il licenziamento intimato sia legittimo, debba essere esperibile o meno a seconda che il datore sia privato o pubblico. Tant'è che c'è chi considera sottratto al nuovo art. 18, ma, comunque assoggettato al rito sommario il pubblico impiego privatizzato⁴¹⁴.

Una soluzione compromissoria comprensibile. Ma l'art. 1, co. 42 e, rispettivamente, co. 47 ss. *simul stabunt e simul cadent*, per essere strettamente ed inscindibilmente connessi, come rende evidente non solo il loro collocamento sequenziale, ma anche e soprattutto il loro rapporto causale, costituito, quest'ultimo, dal collegamento esistente fra il "trasloco" a carico del lavoratore reintegrato del costo del tempo in cui è rimasto estromesso se superiore all'anno ed il varo di un processo accelerato⁴¹⁵. Il che non è rimesso in dubbio da qualche pur sottile argomento formale. Non lo è da quel ragionamento per cui l'art. 1, co. 8, nell'investire il Ministro del compito di definire "gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche", lo farebbe solo per profili sostanziali, esclusi quelli processuali. Ma non lo è neppure da quell'altro ragionamento per il quale l'art. 1, co. 47, nel prevedere che le "disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto", lo farebbe per le ipotesi regolate sia dal vecchio che dal nuovo testo dell'art. 18: dal vecchio, in quanto richiamato esplicitamente dal riferimento all'art. 18; dal nuovo, in quanto richiamato implicitamente dall'inserimento dell'inciso "e successive modificazioni", debitamente isolato fra due virgole, sì da risultare autonomo.

5. (segue): gli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001.

Il che potrebbe anche bastare, se non per convincere, almeno per far lievitare qualche dubbio. Ma, a questo punto, c'è da ripartire dall'art. 2, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 165/2001, riportandolo per intero: "I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nelle imprese, salvo le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo".

Com'è evidente, nel rinvio alle "leggi sui rapporti di lavoro" ricomprende anche la l. n. 300/1970; sicché il successivo all'art. 51, co. 2 rende solo tale legge applicabile "a prescindere dal numero dei dipendenti". È il primo articolo ad estendere lo Statuto al pubblico impiego privatizzato; mentre il secondo sopprime quel limite dimensionale statutario che, posto all'inizio come unico dal

disciplina della fase di tutela urgente, ora in <http://astra.csm.it/incontri/relaz/24955.pdf>, seminario su "La Riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92", Roma, 29-31 ottobre 2012, pag. 5; contra G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 Statuto lavoratori*, relazione al Convegno *La nuova disciplina dei licenziamenti - Incontro di studio in memoria di Pasquale Picone* (Roma, Corte di Cassazione, Aula Magna, 11 dicembre 2012).

⁴¹⁴ P. SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, op. cit., pag. 9 e segg.; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 228 e segg.; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, di prossima pubblicazione in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 6; M. LEONE, A. TORRICE, *Il procedimento per la impugnativa dei licenziamenti: il legislatore strabico*, in F. AMATO, R. SANLORENZO, *La legge n. 92 del 2012 ...*, op. cit., pag. 201. Nello stesso senso Trib. Roma, ord., 23 gennaio 2013, inedita a quanto consta.

⁴¹⁵ Accelerato solo sulla carta, perché a' sensi dell'art. 1, co. 69 "Dall'attuazione delle disposizione di cui ai commi da 47 a 68 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica ovvero minori entrate". Su una riforma a costo zero, quando la "sofferenza" era ed è dovuta a mancanza non di regole ma di risorse, la critica è generale, per tutti v. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 655 e segg.

suo art. 35, sarà poi differenziato dalla l. n. 108/1990, la quale incorporerà nell'art. 18 quello attinente al licenziamento e manterrà nell'art. 35 quello riguardante il tit. III.

Ora, l'art. 2, co. 2 ancor prima ed ancor più dell'art. 51, co. 2 contiene un rinvio mobile, se pur implicito, cosicché a ritenere privo di significato quanto scritto nei co. 7 e 8 dell'art. 1 l. n. 92/2012, ne dovrebbe seguire l'applicabilità al pubblico impiego privatizzato dell'intera legge, laddove non risultasse del tutto incompatibile.

C'è dell'altro, però. L'art. 2, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, nel rinviare alle *“leggi sui rapporti di lavoro”* fa salve *“le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo”*. Ed imperative ed esaustive sono sempre state le norme di cui ora al tit. III del t.u. (*“Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale”*) sì da prevalere *in toto* su quelle di cui al tit. III dello Statuto (*“Dell'attività sindacale”*). Ed, ugualmente, imperative ed esaustive sono sempre risultate le norme sulla mobilità di cui ora agli artt. 33 ss. dello stesso t.u., sì da risultare valide in luogo di quelle in tema di licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo di cui agli artt. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e 18 della l. n. 300/1970. E se pur sempre imperative, ma certo non esaustive prima della riforma Brunetta, attuata col d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, le norme sul licenziamento disciplinare, lo sono diventate dopo, con gli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001, sì da dar vita ad una regolamentazione auto-sufficiente, tale da poter giustificare sulla carta una nullità insanabile, già di per sé passibile di una reintegra c.d. di diritto comune, sì da non dover scomodare neppure il vecchio art. 18⁴¹⁶.

È lo stesso legislatore a dar per scontato che il nuovo art. 18 non sia riferibile al licenziamento disciplinare dell'impiegato pubblico privatizzato, tanto da tener presente solo la procedura prevista dall'art. 7, l. n. 300/1970, lasciando fuori completamente quella di cui all'art. 55 *bis* del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, co. 41; nuovo art. 18, co. 6). E sembra ribadire questo, *bon grè mal grè*, allorché sopprime nel passo dell'art. 18, co. 4 *“perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*, quel riferimento anche alla *“legge”*, che vi era inizialmente contenuto. Perché, se è assai dubbio che tale soppressione, chiesta a gran voce dalla Confindustria, possa precludere al giudice il ricorso all'art. 2106 c.c. con riguardo al lavoro privato, è certo che contribuisca a far escludere dall'ambito coperto da quel co. 4 l'impiego pubblico privatizzato, dove vige un codice disciplinare *ex lege*.

C'è chi di recente ha ritenuto di poter ricondurre la nullità derivante dalla trasgressione degli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001 dentro agli *“altri casi di nullità previsti dalla legge”* di cui all'art. 18, co. 1. È una soluzione ingegnosa, che permette di salvare la reintegra *“piena”* e di assicurare l'accesso al rito sommario per il pubblico dipendente privatizzato, sì da risultare estremamente attrattiva;

⁴¹⁶ Per la stagione precedente la Riforma Brunetta v. S. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, pag. 856 e segg.; per quella successiva i contributi di S. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, pag. 461 e segg., C. SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, pag. 477 e segg., S. MAINARDI, A. LIMA, *Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale*, pag. 493 e segg., tutti in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al “Collegato lavoro”*, Milano, 2011.

ma pur sempre esposta ad una duplice riserva: la prima, di tradire i co. 7 e 8; la seconda, di forzare l'art. 1, co. 1-3, fino a ricomprendere sotto un regime tagliato a misura del licenziamento discriminatorio anche quello disciplinare regolato dal d.lgs. n. 165/2001 in modo del tutto specifico⁴¹⁷.

Sempre alla luce dei co. 7 e 8, sembrerebbe problematica l'applicabilità della sola modifica rilevante per il pubblico impiego fra quelle introdotte dall'art. 1, co. 37 ss. alla l. n. 604/1966: la riduzione del termine di decadenza di cui all'art. 6 l. n. 604/1966 da "duecentosettanta" a "centottanta giorni", effettuato dal co. 38. Ma il co. 38 è seguito da un co. 39 che precisa valere il nuovo termine "in relazione ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della presente legge", cioè a tutti senza distinguo alcuno.

6. Il processo di formazione a strati sovrapposti del "nuovo" art. 18 St. lav.

L'art. 1, co. 42 recita testualmente: "All'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 sono apportate le seguenti modificazioni: a) la rubrica è sostituita dalla seguente 'Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo'; b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti dai seguenti: ...". La svolta è resa evidente dalla stessa sostituzione della rubrica dell'art. 18: non più "Reintegrazione nel posto di lavoro", ma "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo"⁴¹⁸.

6a. Si parla di "Tutela del lavoratore", perché la tutela viene prevista secondo una sequenza a *décalage*, in ragione della sua rilevanza ed incisività. Stando ad una classificazione qui recepita con un'unica variante⁴¹⁹, c'è una duplice forma di reintegra in decrescendo: quella "piena" disciplinata ai co. 1-3, comprensiva di una indennità risarcitoria "commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative", ma, comunque, non meno di cinque mensilità; e quella "attenuata" disciplinata al co. 4 e richiamata al co. 7, comprensiva di un'indennità risarcitoria "commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromis-

⁴¹⁷ A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, op. cit., considera abrogato il vecchio art. 18 in forza della stessa lettera dell'art. 1, co. 42, che parla di "sostituzione": "All'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sono apportate le seguenti modificazioni: a) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo»; b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti dai seguenti ...". Ma al tempo stesso giudica inapplicabile il nuovo art. 18, co. 4 ss. in quanto incompatibile con la disciplina imperativa di cui agli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165 del 2001; la cui violazione comporta, peraltro, una nullità inquadabile fra gli "altri casi ... previsti dalla legge" ex art. 18, co. 1-3, con conseguente applicazione della reintegra "piena" ivi contemplata. Peraltro è lo stesso A. a segnalare "due aspetti di tensione con la specialità della disciplina del settore pubblico", comuni al vecchio e al nuovo art. 18: la deduzione dell'*aliunde perceptum*, essendo precluso al pubblico dipendente lo svolgimento di un lavoro concorrenziale nel periodo fra il licenziamento e il ritorno in servizio; la possibilità di optare per l'indennità sostitutiva, essendo la reintegra effettiva rispondente ad una finalità pubblica secondo la già vista Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

⁴¹⁸ Sul testo di tale articolo nel progetto di legge v. C. CESTER, *Il progetto di riforme della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, op. cit., pag. 547 e segg.

⁴¹⁹ V. M.T. CARINCI, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity 'all'italiana' a confronto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 136, pag. 527 e segg.: l'unica variante è data dal riferirmi alla indennità risarcitoria come "forte" e "debole" anziché come "forte" e "dimidiata".

sione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione”, ma comunque, per non più di dodici mesi (co. 4 e co. 7 per rinvio).

E c'è, poi, una duplice forma d'indennità risarcitoria alternativa alla reintegra, sempre in decrescendo: quella “forte”, regolata dal co. 5, come “omnicomprensiva 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 di dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”, con la variante prevista dal co. 7, per cui “oltre dei criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604”; quella “debole”, regolata dal co. 6, come “omnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”⁴²⁰.

6b. E si considera applicabile tale tutela “in caso di licenziamento illegittimo”, perché essa viene tendenzialmente estesa all'intero universo del licenziamento *contra legem*, se pur con un diverso ambito, risultando applicabile anche al dirigente e al di sotto del previsto limite dimensionale nel caso di licenziamento orale o viziato a' sensi del co. 1.

Il che è reso evidente dal co. 1, che include, oltre al licenziamento discriminatorio in senso stretto, anche quello intimato in costanza di matrimonio o effettuato in violazione delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità o riconducibile ad altri casi di nullità o determinato da un motivo illecito. Ed è confermato dal co. 7, che ricomprende, come licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, oltre a quello economico ingiustificato, anche quello basato su una inidoneità fisica o psichica del lavoratore rivelatasi inesistente, cui aggiunge il licenziamento fondato su un superamento del periodo di comporta dimostrarosi erroneo.

Nonostante la sua apparente simmetria, questa tutela a *décalage* non è figlia di una visione organica e coerente, ma di una progressiva ritirata⁴²¹ rispetto all'intenzione iniziale di mantenere la tutela reale solo per il licenziamento illecito od orale, ritenuto nullo e sanzionato con una reintegra “piena” (co. 1-3). Ma, poi, sotto la pressione del Pd e della Cgil, si è dovuto recuperare il licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, cioè disciplinare: giudicato annullabile nelle ipotesi di “*insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra fra le*

⁴²⁰ V., per una panoramica generale, condotta con una diversa prospettiva, S. CENTOFANTI, *Il diritto del lavoro nell'epoca del debito pubblico*, op. cit., pag. 79 e segg.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 415 e segg.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, op. cit., pag. 41 e segg.; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale riveduta e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 59 e segg.; O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 235 e segg.

⁴²¹ Di “progressiva ritirata” parla esplicitamente F. SANTINI, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 238.

condotte punibili con una sanzione conservativa ..., con reintegra “attenuata” (co. 4); e considerato efficace “*nelle altre ipotesi*”, con corresponsione di un’indennità risarcitoria “forte” (co. 5).

Col che si sperava di aver chiuso la partita riguardo al licenziamento illegittimo per vizio sostanziale, si da poter procedere oltre, liquidando il licenziamento illegittimo per vizio formale (diverso dal difetto di forma scritta) e procedimentale, come “inefficace” solo a parole, ma efficace a pieno titolo, come tale idoneo a far cessare il rapporto al solo costo di una indennità risarcitoria “debole” (co. 6).

Una falsa illusione, perché subito si sarebbe dovuto riapirla, per il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, peraltro con un distinguo. Da un lato, quello intimato per un’idoneità fisica o psichica del lavoratore, cui accomunare l’altro per un superamento del periodo di comporta, se rivelatosi sprovvisto di congrui riscontri positivi, è soggetto al regime di cui al co. 4, quindi annullabile e sanzionabile con una reintegra “attenuata”; quello, invece, effettuato per una ragione economica, se dimostratosi sfornita di sufficienti elementi probatori, rimane sottoposto allo stesso regime di cui al co. 4 nella sola ipotesi di “*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*”, mentre si considera efficace “*nelle altre ipotesi*”, con corresponsione di un’indennità “forte” (co. 7).

7. La radicale svalutazione del vizio formale del licenziamento.

Ne risulta una formazione costruita secondo una stratificazione successiva non programmata, ma pur sempre espressiva di una duplice linea di pensiero. La prima è quella di una radicale svalutazione del vizio formale – diverso dal difetto di forma scritta – e procedimentale, quale dato dalla “*violazione del requisito di motivazione di cui all’art. 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604 e successive modificazioni, della procedura di cui all’art. 7 della presente legge o della procedura di cui all’articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*” (co. 6), che, come visto, rende il licenziamento a parole inefficace, ma a fatti pienamente efficace, con una modica monetizzazione. L’espressione utilizzata risulta assai ampia e generica, tanto da sembrare ricomprendere allo stesso titolo un’assenza totale e una carenza di specificità della motivazione, tale da risultare insufficiente, incompleta, generica; così come una mancanza assoluta e una inosservanza più o meno grave e rilevante della previa procedura richiesta⁴²².

Il che risulta incoerente con una legge che ha reintrodotto una previa procedura conciliativa, con l’esplicita finalità di vincolare il datore a chiarire in contraddittorio la fondatezza e la natura di *extrema ratio* del licenziamento economico effettuato, di cui tener conto in una eventuale successiva controversia giudiziale (art. 1, co. 40, con sostituzione dell’art. 7 l. n. 604/1966). E che ha prescritto che “*La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato*” per qualsiasi datore, (art. 1, co. 37, con sostituzione dell’art. 2, co. 2 l. n. 604/1966), con l’espressa finalità di obbligare il datore a evidenziare il tipo di licenziamento prescelto, disciplinare od economico, cui ricollegare il diverso regime ex art. 18, co. 4, 6 e 7⁴²³.

⁴²² Circa il problema se “la violazione ... della procedura di cui all’art. 7 della presente legge” riguardi anche la regolamentazione introdotta dalla contrattazione collettiva di categoria, si da comportare l’applicabilità del co. 6: v. in senso positivo A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 433 e segg.

⁴²³ Sottolinea che “l’uso del termine ‘specificazione’ rende l’obbligo del datore di lavoro più stringente, perché i motivi non vanno solo indicati, ma ‘specificati’” G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 ...*, op. cit., pag. 180.

Incoerente con rispetto al testo legislativo, contraddittorio con riguardo al sistema in tema di assenza o carenza di motivazione del licenziamento. Sia questo disciplinare od economico, ne consegue un trattamento differente irragionevole, perché più pesante per il datore “piccolo” rispetto a quello “medio-grande” e “grande”. Mentre nel caso di licenziamento orale opera la nullità di cui all’art. 18, co. 3, con la reintegra “piena” qualunque sia il datore; nel caso diverso di licenziamento privo di specifica motivazione scatta l’inefficacia “vera” ex art. 2, co. 3 l. n. 604/1966, con reintegra c.d. di diritto comune, e, rispettivamente, “falsa”, a seconda che il datore sia al di sotto o al di sopra del limite dimensionale statutario⁴²⁴.

Se, poi, il licenziamento è disciplinare, quanto previsto dall’art. 18, co. 6 contrasta non solo con l’*acquis* della Corte costituzionale circa la rilevanza “di civiltà” della previa contestazione; ma anche col recepimento da parte della giurisprudenza della c.d. teoria del parallelismo o sufficienza delle tutele, per cui devono essere le stesse per la carenza della procedura e della giustificazione. Qui, invece, per la carenza della procedura c’è solo un’indennità risarcitoria “debole”, se pur questa ben potrebbe rivelarsi relativa ad un licenziamento ingiustificato, come tale passibile di reintegra o, comunque, di un’indennità risarcitoria “forte”⁴²⁵.

Ne risulta del tutto ridimensionata quella tempestività, completezza, immodificabilità della contestazione, che, pur non essendovi esplicitamente prevista, la giurisprudenza ha considerato ricavabile in via interpretativa dalla *ratio* dell’art. 7 l. n. 300/1970⁴²⁶. È fin troppo facile pronosticare una qualche allergia da parte dei giudici a far propria una lettera per la quale un datore di lavoro che abbia omesso in tutto od in modo rilevante di svolgere la previa procedura o di redigere la contestuale motivazione, possa costituirsi in giudizio come nulla fosse, col solo costo in partenza di una indennità risarcitoria debole.

Ben potranno i giudici sollevare anche d’ufficio un’eccezione di costituzionalità; o proporre un’interpretazione adeguatrice; o condurre una lettura del co. 6 alla luce del co. 4, col non ammettere il datore di lavoro ad assolvere l’onere della prova a suo carico, ritenendo *ipso facto* insussistente il “fatto contestato” ... perché non contestato⁴²⁷; o più semplicemente, dar debita importanza all’inadempimento del datore in sede di valutazione delle prove.

⁴²⁴ Sulla frattura creata rispetto alla modellistica civilistica e sulla irragionevolezza della diversità di disciplina così creata a seconda della dimensione del datore di lavoro, tale da richiedere una chiamata in causa della Corte costituzionale v. C. PISANI, *Le conseguenze procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 2, pag. 264 e segg.

⁴²⁵ Sembra, invece, ritenere che la cosiddetta teoria del parallelismo o sufficienza delle tutele sia qui “in qualche modo” riecheggiata M. D’ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 370 e segg.

⁴²⁶ C. PISANI, *Le conseguenze procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 267 e segg. distingue nettamente fra tempestività della contestazione e della comunicazione del licenziamento, considerando la prima inclusa e la seconda esclusa dall’art. 7 l. n. 300/1970; ma non altrettanto con riguardo all’eventuale tardività: se quella della contestazione si prospetta non come lesione del diritto di difesa del lavoratore, ma come implicita manifestazione di tolleranza da parte del datore (perché priva di qualsiasi giustificazione) comporta come quella della comunicazione del licenziamento (purché “vera”, cioè consistente) la sanzione dell’indennità risarcitoria non ex co. 6, “debole”, ma ex co. 5, “forte”.

Da parte loro F. ROSSI, B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 200 e segg., ritengono anche la tempestività della comunicazione del licenziamento inclusa nell’art. 7 l. n. 300/1970, ma condividono la stessa tesi circa la tardività della contestazione del licenziamento.

⁴²⁷ Cfr. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, op. cit., sub par. 9 del dattiloscritto; G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, op. cit., pag. 187; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei*

Certo è previsto a chiusura, che quanto sopra vale “*a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo*”. Se pur questa lettera del co. 6 non risulta chiara come quella corrispondente del successivo co. 7, sembra prospettabile in astratto la possibilità per il lavoratore di limitarsi nel ricorso a contestare il vizio formale quando il licenziamento non sia stato preceduto da alcuna procedura, né accompagnato da alcuna motivazione; così da consigliare di attendere che cosa farà il datore per avanzare una domanda *ad hoc*. Anche se il lavoratore potrebbe già nel ricorso richiedere l’annullamento del licenziamento, se si condividesse quanto sopra sostenuto circa il fatto che il mancato svolgimento del procedimento disciplinare comporti di per sé l’insussistenza del fatto “contestato”⁴²⁸; e, comunque, resta solo tenuto a fornire elementi di fatto che facciano presumere l’esistenza di un licenziamento disciplinare, che tocca, poi, al datore di lavoro escludere⁴²⁹.

8. La disciplina del vizio sostanziale in chiave di “scusabilità dell’errore del datore”.

La seconda linea di pensiero leggibile nella formazione a stratificazione successiva dell’art. 18 è quella di una valutazione del vizio sostanziale nei termini di una “scusabilità dell’errore del datore” in caso di licenziamento illegittimo: nessuna, per quello discriminatorio o determinato da motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*; media se non alta, per quello disciplinare; massima, per quello economico.

Il legislatore recupera dal passato le nozioni che servono a qualificare un licenziamento come illegittimo, fra cui in particolare quelle di giusta causa *ex art. 2119* (“*una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto*”) e di giustificato motivo *ex art. 3 l. n. 604/1966* (“*un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”); ma duplica la precedente sanzione per carenza di giustificazione, col riservare a specifiche ipotesi la reintegra, sì da lasciare per tutte le altre solo l’indennità risarcitoria⁴³⁰.

È possibile che un legislatore frettoloso non potesse evitare questa soluzione ibrida, ché altrimenti avrebbe dovuto rimettere in discussione nozioni collaudate come quelle di giusta causa e di giustificato motivo. Ma è perlomeno dubbio che tali nozioni non finiscano per risentire delle specifiche ipotesi previste per riconoscere la reintegra, come elaborate ed utilizzate nella pratica; sì da uscirne dilatate o ridimensionate rispetto alle letture correnti⁴³¹.

lavoratori, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 612 e segg. *Contra* M. D’ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, op. cit., pag. 372.

⁴²⁸ Cfr. al riguardo G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, op. cit., pag. 188 e segg.

⁴²⁹ Così M. D’ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, op. cit., pag. 373.

⁴³⁰ È questa una interpretazione del tutto pacifica, tanto da potersi limitarsi a citare M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle grandi intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2012, n. 164 e in corso di pubblicazione in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I.

Per una panoramica sulla dottrina previgente v. F. LUNARDON, F. SANTINI, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, t. III, Torino, 2007, pag. 231 e segg.

⁴³¹ Rileva la forzatura dell’utilizzazione della terminologia P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 155; e si mostra perplessa rispetto alla tranquillità con cui si osserva che “le causali del recesso ... non sono state modificate ma restano intatte nel loro significato e contenuto giuridico”.

È certo, invece, che la linea sopra battezzata come della “scusabilità del licenziamento illegittimo” risente della tesi di partenza, di una monetizzazione a tutto campo del difetto di giusta causa o di giustificato motivo, di cui rappresenta una versione attenuata; per cui la parte datoriale è costretta alla reintegra solo se tale difetto risulta non scusabile. Ma essa mostra la corda, proprio laddove il legislatore le vorrebbe dare piena visibilità, col creare una continuità del tutto fittizia fra l’ “*insussistenza del fatto contestato*”, di cui al co. 4 (licenziamento disciplinare) e la “*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*” di cui al co. 7 (licenziamento economico).

Il punto di vista da cui mettersi *vis-à-vis* di un licenziamento ingiustificato è intrinsecamente diverso: quello del lavoratore nel licenziamento disciplinare, dove tiene banco il suo inadempimento; quello del datore nel licenziamento economico, dove rimane al centro la sua scelta organizzativa.

Ora, ridurre il tutto al punto di vista del datore, quale costituito dalla “scusabilità” del licenziamento illegittimo da lui intimato, disciplinare od economico, appare estremamente forzante e discutibile. Il che non risulta occultato dal ricorso alla sequenza della “insussistenza” e della “manifesta insussistenza”, che suscita l’impressione di riferirsi ad un’alternativa addirittura graduata fra essere e non essere di un qualcosa ricostruito sempre e comunque come “fatto”, senza tener conto che di fatto in senso proprio è possibile parlare per quello “*contestato*” di cui al licenziamento disciplinare, non certo per quello “*posto a fondamento del licenziamento*” economico.

9. (segue): la tendenziale conversione della reintegra da regola aurea esclusiva ad eccezione.

Comunque, *hoc iure utimur*. Se l’*intentio legis* è stata chiamata in causa prima per leggere l’art.1, co. 7 e 8, certo lo deve essere ora per interpretare l’art. 1, co. 42 di quella stessa l. n. 92/2012, che ci offre il nuovo testo dell’art. 18. Ed essa ci ritorna la stessa risposta offertaci dalla lettera, che, cioè, proprio l’adozione della linea della “scusabilità dell’errore del datore” in caso di licenziamento illegittimo per un vizio sostanziale, guida quel ridimensionamento della reintegra a favore della indennità risarcitoria, che procede dal co. 1 al co. 7: dal licenziamento discriminatorio ecc. al licenziamento economico ingiustificato⁴³².

La reintegra resta come regola esclusiva nelle ipotesi di cui al co. 1, con a capofila il licenziamento discriminatorio di cui all’art. 3, l. 11 maggio 1990, n. 108; ma cessa di essere regola anche solo prevalente per il licenziamento ingiustificato di cui ai co. 4, 5 e 7 dello stesso art. 18. Non è, dunque, condivisibile alcuna tesi per la quale la mera carenza di giusta causa o giustificato motivo conduca di per sé ad una reintegra quasi automatica: non la tesi “scoperta”, secondo cui l’assenza di giustificazione si trasforma di per sé in presenza di una discriminazione; ma neppure quella “coperta” per cui l’assenza di giustificazione si trasforma di per sé in “*insussistenza del fatto contestato*” o in “*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*”.

⁴³² Sull’inesistenza di vincoli costituzionali o comunitari alla modifica della tutela reale v. C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 6 e segg. D’altronde la Corte costituzionale ha sempre confermato la legittimità della duplice disciplina costituita dalla tutela reale ed obbligatoria: Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55, Corte cost. 6 giugno 1975, n. 152, Corte cost. 8 luglio 1975, n. 189, Corte cost. 8 gennaio 1986, n. 2, Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427, Corte cost. 13 maggio 1993, n. 240, Corte cost. 23 febbraio 1996, n. 44.

Si tratta, però, di un ridimensionamento della reintegra di cui riesce assai più chiaro il senso complessivo del discorso piuttosto che ogni suo singolo passaggio. Di fatti, escluderne la permanenza come regola prevalente per il licenziamento ingiustificato, non significa affatto farne *a priori* un'eccezione residuale⁴³³, a prescindere dalla lettera dei commi 4, 5 e 7 dell'art. 18 che lo regolano distintamente nei suoi diversi tipi. Bisogna verificare attentamente la lettera che ha dato forma alla soluzione compromissoria tradotta con riguardo al licenziamento disciplinare ed economico, alla fine di una lunga e tormentata gestazione.

Comunque, si prospetta una duplice ricaduta potenziale della retrocessione della reintegra operata dal nuovo art. 18 St. lav.: la prima, sulla prescrizione, che la costante giurisprudenza costituzionale ha ritenuto decorrere anche in pendenza di un rapporto di lavoro, solo se ed in quanto assistito da tutela reale, perché tale da escludere quel timore reverenziale che blocca il lavoratore fino al termine del rapporto medesimo⁴³⁴; la seconda, sulla distribuzione dell'onere della prova, che la Cassazione, Sezioni unite, ha ridistribuito fra datore e lavoratore secondo il principio per cui la tutela reale costituisce la regola e l'obbligatoria l'eccezione⁴³⁵.

10. Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito ex art. 1345 c.c. (art. 18, co. 1-3).

Ad uno sguardo rapido il licenziamento di cui ai primi tre commi del nuovo art. 18 sembra essere in continuità con il passato, eccezion fatta per una riconduzione sotto la sua copertura di fattispecie che prima non lo erano per l'opinione dominante, come il licenziamento *"intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni"*; oppure lo erano per una certa giurisprudenza, come il licenziamento *"determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c."* cui ora viene aggiunto, come norma di chiusura, il licenziamento *"riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge"*. E non è pensabile che il rinvio al solo carattere determinante del motivo illecito

⁴³³ "Reintegrazione ... destinata ad entrare in funzione residuale", come ritiene A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 437.

Accenna a un venir meno della "sacralità" del principio della reintegrazione nel nostro ordinamento M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, op. cit., pag. 13; mentre si limita a parlare di "una rivoluzione a macchia di leopardo dell'area della tutela reale" P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 831. Sul concetto generale di "stabilità" v. M. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lav. Dir.*, 2007, 3, pag. 389 e segg.

⁴³⁴ Per la tesi di gran lunga maggioritaria è da dubitare, se non da escludere, che la prescrizione decorra in pendenza del rapporto di lavoro: v. S. CENTOFANTI, *Il diritto del lavoro nell'epoca del debito pubblico*, op. cit., pag. 139 e segg.; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro ...*, op. cit., pag. 386; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 77; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 621; O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 243 e segg.; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 660; S. MATTONE, *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti di lavoro*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 224 e segg.

⁴³⁵ Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro It.*, 2006, I, col. 704, secondo cui la tutela reale costituirebbe la regola e quella obbligatoria l'eccezione, ai fini della distribuzione degli oneri probatori.

escluda quello esclusivo, essendo tale rinvio effettuato *tout court* nei confronti dell'art. 1345 c.c. nel suo testo integrale, sicché il motivo illecito deve essere oggi come ieri determinante ed esclusivo⁴³⁶.

Per tutte le fattispecie contemplate, ai sensi del co. 1, *“il giudice...ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti”*. Dunque, sembrerebbe nessuna significativa soluzione di continuità, se si prescinde da una conferma della tendenza espansiva della tutela statutaria, peraltro in parte già anticipata non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza. Ma, come è stato sottolineato ed enfatizzato *ad abundantiam*, la discontinuità è tutta nell'essere le fattispecie menzionate nel co. 1 le uniche a conservare quella reintegra “piena” una volta condivisa, sì da esercitare una irresistibile attrazione, oggi, sulla dottrina e, domani, sulla pratica.

In dottrina c'è stato un tentativo ambizioso, di far del co. 1 il buco nero dell'intero art. 18, capace di attrarre a sé quasi ogni tipo di licenziamento ingiustificato, in quanto di per sé illecito⁴³⁷. Ma ce n'è in corso un altro, meno ambizioso, ma più rischioso anche perché radicato nel passato, di fare di quello stesso co. 1 il contenitore di un licenziamento discriminatorio restituito al suo pieno significato e ruolo, quali riconosciutigli dal diritto comunitario.

Sì è detto e scritto che l'aver considerato distintamente il *“licenziamento ... discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108”* e, appunto, il licenziamento *“determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c.”* produrrebbe un effetto ben preciso: quello, cioè, di recuperare all'interno dell'art. 18, co. 1-3 il licenziamento discriminatorio nel senso e rilievo riconosciutogli nel filone legislativo anti-discriminatorio, sottraendolo al licenziamento per motivo illecito, dove sarebbe rimasto fino ad oggi imprigionato secondo l'indirizzo giurisprudenziale dominante⁴³⁸.

Proprio quell'esplicito distinguo operato nell'art. 18, co. 1 fra licenziamento discriminatorio e licenziamento determinato da motivo illecito dovrebbe confermare quanto di contro già ampiamente sostenuto in dottrina: di un assoggettamento del primo licenziamento al regime di cui all'indirizzo normativo ricalcato sul diritto comunitario avverso atti e comportamenti contrari alla

⁴³⁶ Così P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 292 e segg. Peraltro, considerano problematico il rinvio al solo carattere determinante M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 615; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 630 e segg.

⁴³⁷ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi ...*, op. cit.: tesi certo originale, ma tale da stravolgere la stessa lettera del nuovo art. 18, tanto da essere unanimemente criticata; cfr. C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 21 e segg. e V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro ...*, op. cit., pag. 331 e segg.

⁴³⁸ In tal senso v. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 662 e segg. e M. T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 223 e segg.

parità di trattamento in ragione delle ipotesi discriminatorie tipiche ivi previste; ed eventualmente di un mantenimento del secondo sotto il regime di cui all'art. 1345 c.c. in relazione ad ipotesi discriminatorie atipiche o non discriminatorie, ma ugualmente illecite⁴³⁹.

Se così fosse, ne conseguirebbe un vero e proprio rovesciamento dell'indirizzo giurisprudenziale maturato con riguardo al licenziamento ritorsivo assoggettato all'art. 1345 c.c., ma meritevole in quanto discriminatorio dello speciale regime statutario⁴⁴⁰. Indirizzo, questo, che coglie appieno il profondo significato ispiratore dell'art. 18 di presidio del principio di giustificazione, per cui al datore di lavoro basta provare l'esistenza di una giusta causa e di un giustificato motivo; solo qualora non riesca resta esposto alla contro-prova del lavoratore circa la presenza di un licenziamento ritorsivo/discriminatorio, caratterizzato dall'*animus nocendi* e dal carattere esclusivo.

11. (segue): dall'art. 4, l. n. 604/1966 all'art. 18, co. 1

Dando per scontato l'*input* proveniente dal diritto comunitario, che ha dato vita ad un filone legislativo ingrossatosi nel corso del tempo, interessa qui ricostruire in breve il cammino compiuto dal licenziamento discriminatorio, a partire da quell'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 secondo cui "*Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione offerta*", che resta a tutt'oggi fondamentale, fino alla sua attuale incorporazione nel nuovo art. 18⁴⁴¹.

È la l. n. 300/1970 ad introdurre, con la rubrica del suo art. 15, l'espressione "*atti discriminatori*", considerando al co. 1 "*nullo qualsiasi patto e atto diretto*" ai fini di discriminazione sindacale quali previsti sotto le lett. a) e b), fra cui "*licenziare un lavoratore ... a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero*"; ed estendendo al co. 2 quanto previsto dal co. 1 "*ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica o religiosa*".

Qui si passa da "*determinato da*" di cui all'art. 4, l. n. 604/1966 a "*diretto a*", termine che riecheggia quei "*comportamenti diretti a ...*" dell'art. 28 dello stesso Statuto, rispetto a cui l'indirizzo giurisprudenziale dominante evolverà progressivamente dall'elemento intenzionale/soggettivo a quello teleologico/oggettivo. Quel che rileva al momento è il testo dell'art. 18 co. 1, che, nel prevedere anche l'ipotesi di una dichiarazione di nullità del licenziamento, la limita a quella sola prevista dall'art. 4 l. n. 604/1966, sì da lasciar fuori l'altra contemplata dall'art. 15 della l. n. 300/1970.

⁴³⁹ Cfr. G. BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. VISCOMI (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multi-culturale*, Napoli, 2011, pag. 679 e segg.; A. LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato* a cura di F. CARINCI, t. III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzia dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, Torino, 2007, pag. 151; L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, t. III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. MISCIONE, Torino, 2007, pag. 350 e segg.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Torino, 2001. Dopo la l. n. 92/2012, cfr. G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 589; L. CALAFÁ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di) *La legge n. 92 del 2012...*, op. cit., pag. 114 e segg.; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, op. cit., pag. 277 e segg.; E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 253 e segg.; M. T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, op. cit., pag. 221 e segg.

⁴⁴⁰ Su tale giurisprudenza oltre agli AA. citati nella nota precedente, cfr. da ultimo C. PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Una incerta linea di confine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 362 e segg.

⁴⁴¹ Se pur precedente l'incorporazione nel nuovo art. 18 v. F. SAVINO, *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità nel diritto vivente*, Torino, 2009, pag. 81 e segg.

Sarà, però, la l. n. 300/1970 ad essere chiamata in causa per allungare la lista delle discriminazioni tipizzate, via via che la legislazione anti-discriminatoria decollerà, a cominciare dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, la quale, al suo art. 15, sostituisce l'art. 15, co. 2 l. n. 300/1970, sì da fargli recitare: *“Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti ai fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso”*.

Fin qui si resta sempre al di fuori non solo dell'art. 18, l. n. 300/1970, che, fra l'altro, continua a contemplare la sola nullità prevista dall'art. 4, l. n. 604/1966; ma anche della tutela previstavi, la quale viene estesa dall'esterno al *“licenziamento discriminatorio”* solo dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, col suo art. 3: *“1. Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge. Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti”*.

Viene in rilievo il fatto che si parli di licenziamento *“determinato da ragioni discriminatorie”* sia per l'art. 4, l. n. 604/1966 che per l'art. 15, l. n. 300/1970, qui accomunandone le relative fattispecie per essere entrambe *“determinate da”* e non *“dirette a”*, sì da dare l'idea di prevalenza dell'elemento intenzionale/soggettivo rispetto a quello teleologico/oggettivo e riconducibili a *“ragioni discriminatorie”*.

Dopodiché, con l'avanzare della legislazione anti-discriminatoria, si ritorna ad allungare la lista delle discriminazioni tipizzate, per via di una ulteriore integrazione dell'art. 15, co. 2 l. n. 300/1970, effettuata dall'art. 4, co. 1 d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216: *“dopo la parola ‘sesso’ sono aggiunte le seguenti: ‘di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali’”*.

Ed ecco al termine del lungo percorso, il nuovo art. 18, co. 1 incorporare al suo interno il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, cioè, come visto il *“licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300”*, distinguendolo dal licenziamento per motivo illecito ex art. 1345 c.c.

12. (segue): l'alternatività delle tutele offerte dall'art. 18 e dalla legislazione anti-discriminatoria.

Ora, né l'itinerario pregresso né il testo attuale di questo co. 1 legittimano a ritenere che il legislatore abbia voluto mutuare dalla legislazione anti-discriminatoria non solo le *“ragioni”*, intese come causali tipiche di illiceità, ma anche le fattispecie e soprattutto le discipline processuali relative agli oneri probatori.

12a. Con riguardo alle fattispecie, c'è da tenere presente che quando il co. 1 considera discriminatorio il licenziamento effettuato *“ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108”*, ne fa propria la definizione di un licenziamento *“determinato da...”*, che, come visto, appare privilegiare l'elemento intenzionale/soggettivo rispetto a quello teleologico/oggettivo; e, comunque, esclude qualsiasi rilievo dell'effetto, potenziale od attuale, com'è tipico delle fattispecie definite dalla legislazione anti-discriminatoria. Volendo, se ne può trovare una conferma letterale

nel co. 6, laddove, parlando di *“licenziamento ...determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari”*, si usa il termine *“determinato”* allo stesso modo e titolo per le ragioni discriminatorie e disciplinari, così se non equiparate, certo assimilate in termini di delimitazione delle fattispecie.

Mentre nelle fattispecie discriminatorie riveste significato, ben al di là dell'intento e dello stesso scopo perseguito, anche l'effetto prodotto in modo diretto ed indiretto in termini di trattamento dispari rispetto ad un dato gruppo di riferimento: così, in via esemplare, per l'art. 43, co. 1 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, c.d. testo unico sull'immigrazione, viene in rilievo *“ogni comportamento che, direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza ... e che abbia lo scopo o l'effetto”*; e per l'art. 25, co. 1 e 2 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, codice sulle pari opportunità, *“Costituisce discriminazione diretta... qualsiasi ... atto ...o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga”* e *“discriminazione indiretta ...quando ... un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso ...”*.

12b. Con rispetto alle discipline processuali, c'è da richiamare quanto già detto, che, cioè, il nuovo art. 18 si ripropone con l'identico spirito e ruolo di cui alla l. n. 604/1966, di strumento al servizio del principio di giustificazione del licenziamento, per cui è il datore chiamato in prima battuta a dar una prova dell'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo, che, qui, coerentemente, è *“piena”*. Se non la dà, si espone ad un duplice rischio: quello certo, di ricevere una sanzione, oggi, modulata fra reintegra ed indennità risarcitoria; quello possibile, di vedere provato dal lavoratore la presenza di un motivo discriminatorio, oggi come ieri, rilevante né più né meno che come motivo illecito ex art. 1345 c.c., con tutto quel che ne consegue quanto all'*animus nocendi* ed al ricorso alle presunzioni semplici⁴⁴².

Mentre il tipico procedimento antidiscriminatorio si caratterizza per l'intento e il rilievo come strumento al servizio del principio di una non disparità di trattamento per ragioni ritenute illegittime, per cui è il lavoratore chiamato in prima battuta a dare una prova della presenza della discriminazione, così *“attenuata”* da potersi risolvere in pratica in un'automatica inversione dell'onere: per l'art. 40, co. 1 d.lgs. n. 198/2006, c.d. codice delle pari opportunità, sono sufficienti *“elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico ... idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso...”*; e per l'art. 28, co. 4, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 bastano *“elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori ...”*, con riguardo a ragioni diverse da quella del sesso).

⁴⁴² Nel senso che *“resta a carico del lavoratore provare l'intento discriminatorio”*, v. G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit., pag. 629; mentre per O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 246 continua ad agire *“il sillogismo giurisprudenziale, secondo cui la giustificazione del recesso fa necessariamente aggio sulla sua discriminatorietà”*, ma esposto al rischio di un suo prossimo superamento.

Se si ritenesse che attraverso il recupero all'interno dell'art. 18, co. 1 di quella "nullità" del licenziamento discriminatorio, già ricondotta sotto la copertura sanzionatoria del vecchio art. 18 in forza dell'art. 3 l. n. 108/1990, gli sia ora applicabile l'intero filone legislativo varato anti-discriminatorio; ne seguirebbe non solo un mero rovesciamento dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, ma con esso un vero e proprio stravolgimento del testo statutario. Basterebbe al lavoratore far valere una ragione discriminatoria - che, anche a considerare l'elencazione legislativa tassativa, appare ormai dilatabile a piacere, per esservi state ricomprese le "convinzioni personali" - e supportarla con elementi di fatto quali quelli sopra previsti; basterebbe questo, per costringere il datore a provare non l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, ma l'inesistenza di una discriminazione considerata e valutata tale in base alla sua mera ricaduta oggettiva in termini di una disparità di trattamento, accertabile secondo la regola del *tertium comparationis* anche tramite una prova statistica.

Non vale chiamare a sostegno il passo del co. 1 per cui il "*licenziamento ...discriminatorio*" lo è "*indipendentemente dal motivo formalmente addotto*", riecheggiante quello dell'art. 3 l. n. 108/1990, "*indipendentemente dalla motivazione addotta*"; perché se ne può dedurre solo che il motivo disciplinare od economico addotto dal datore deve essere provato, altrimenti può ben essere ravvisato un altro motivo, peraltro su domanda del lavoratore.

Il che trova conferma nel già richiamato ultimo periodo del co. 7: "*Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo*". Per dargli un qualche senso, c'è da ritenere che il legislatore abbia così voluto tranquillizzare chi riteneva essere il licenziamento economico lo schermo ideale per occultarne qualche altro, al tempo stesso più difficilmente giustificabile e più pesantemente sanzionabile; e lo abbia fatto, permettendo che, a fronte di un accertamento negativo del motivo economico, il lavoratore possa chiedere di verificare se esista una ragione discriminatoria o un motivo disciplinare, qui con la stessa distribuzione dell'onere della prova già vista con riguardo alla formula utilizzata dal co. 6.

13. (segue): diritto nazionale e diritto comunitario.

Ne segue che il distinguo fra licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito di cui all'art. 18, co. 1, non sottrae affatto il primo all'art. 1345 c.c.; serve solo a confermarne l'ampio ambito applicativo: oltre alle ipotesi tipizzate dall'art. 4 l. n. 604/1966 e dall'art. 15, co. 2, della stessa legge n. 300/1970, anche quelle non tipizzate, se pur la progressiva estensione delle prime fino a ricomprendere le "convinzioni personali" sia venuta a ridurre al massimo la rilevanza delle seconde⁴⁴³.

D'altronde il richiamo congiunto al licenziamento nullo "*perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da motivo illecito*" ex artt. 1343 e 1345 c.c. è espressivo del preciso intento di non lasciare fuori alcunché di giuridicamente riprovevole dall'ombrello aperto dal co. 1, sia dato questo dal mancato rispetto di un disposto imperativo o dal perseguimento di uno scopo illecito.

⁴⁴³ Sdrammatizza la questione largamente dibattuta in dottrina sulla tassatività o meno dell'elencazione legislativa E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 91.

Chiamare in causa il diritto comunitario non serve a nulla, perché non può regolare direttamente il licenziamento a' sensi dell'art. 153, lett. d) TFUE; e lo fa indirettamente, in quanto configurabile come comportamento anti-discriminatorio previsto dalle direttive emanate al riguardo. Direttive, queste, che hanno trovato "piena" attuazione in leggi apposite, le quali prevedono non solo fattispecie, ma anche procedure giudiziarie in tutto e per tutto conformi, come quelle di cui al codice delle pari opportunità e, rispettivamente, all'art. 28, d.lgs. n. 150/2011.

Risulta del tutto legittimo in sede di attuazione, tener distinte fattispecie e procedure, col prevederne alcune riservate al licenziamento ingiustificato, dove a rilevare è il motivo discriminatorio, accertato in base all'*animus nocendi*; ed altre, relative al comportamento discriminatorio, dove a contare è lo stesso effetto di un trattamento differenziato irragionevole, verificato in base al criterio del *tertium comparationis*.

Il che riesce oggi tanto più vero, dato il varo di un rito sommario ad uso e consumo esclusivo dell'art. 18, con un contrasto dottrinale già *in progress* sul se, a fronte di un licenziamento discriminatorio, si debba far ricorso obbligatoriamente a tale rito oppure a quello previsto dalla specifica disciplina antidiscriminatoria rilevante *in casu*. Credo che il lavoratore possa scegliere, fermo restando che ciascun ricorso resta vincolato ai suoi presupposti e ai suoi riti. Sicché, qualora egli opti per il rito sommario previsto per l'art. 18, potrà contare sulla rete di sicurezza costituita dalla impossibilità o difficoltà da parte del datore di lavoro di dar prova che c'è una giusta causa o un giustificato motivo; e se tale prova fallisce, potrà far ricorso a presunzioni semplici per sostenere l'esistenza di un motivo discriminatorio o illecito. Mentre, qualora opti per il rito contemplato dalla specifica normativa antidiscriminatoria, non potrà contare su tale rete di sicurezza, ma potrà avvalersi della disciplina ivi prevista in termini di fattispecie definite in base non solo allo scopo ma anche all'effetto, di oneri della prova attenuati al massimo, di danni non patrimoniali risarcibili, di provvedimenti giudiziari sanzionati penalmente⁴⁴⁴.

14. Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo: "l'insussistenza del fatto contestato" (art. 18, co. 4-5).

Se i primi tre commi del nuovo art. 18 non sembrano offrire alcun significativo cambiamento, lo fanno i commi 4 e 5 con riguardo al licenziamento disciplinare, qui confermato *apertis verbis* nel suo carattere "ontologico" attribuitogli un trentennio fa da Corte cost. n. 204/1982⁴⁴⁵.

Secondo un giudizio largamente condiviso fino ad apparire scontato i co. 4-5 prevedono per il giudice un primo tratto di strada identico a quello percorso fino a ieri. A seguito del ricorso del lavoratore, il datore è chiamato a provare che quanto addebitato al lavoratore come inadempimento, cioè come comportamento imputabile ed intenzionale tenuto in contrasto col contenuto

⁴⁴⁴ Per la perdurante applicabilità dell'art. 28, co. 4 d.lgs. n. 150 del 2011 v. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, cit., sub par. 7 del dattiloscritto; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, op. cit., pag. 288 e segg. Mentre E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 98 e segg., ritiene altamente improbabile che dopo il varo del rito sommario di cui all'art. 1, co. 47 ss. l. n. 92/2012, sia ancora applicabile al licenziamento discriminatorio quello di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, sì che il lavoratore non può più avvalersi di quanto ivi previsto ai suoi co. 4 e 5 con riguardo all'onere della prova ed al risarcimento del danno non patrimoniale; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 313 e segg. lo esclude recisamente.

⁴⁴⁵ Trattasi della storica Cass., Sez. Un., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Foro It.*, 1987, I, col. 2031, con nota di M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla Corte Costituzionale alle Sezioni Unite: opzione per la tesi "ontologica", chiara definizione dei ruoli, coerente assetto delle fonti*.

obbligatorio del suo rapporto, non solo esiste ma integra gli estremi della giusta causa e del giustificato motivo subbiiettivo quali definiti dall'art. 2119 c.c., come una *“causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto”* e dall'art. 3, l. n. 604/1966, come un *“notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore”*.

L'inadempimento è un “fatto” che acquisisce tratto identitario e rilievo solo se e come contestato e addotto a motivo del licenziamento, cioè ricostruito e rappresentato dal datore. Mentre le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono “norme generali” o “clausole generali”, cioè individuate e definite dal giudice, che, a' sensi dell'art. 30, co. 2 della legge 4 novembre 2010, n. 183 dovrebbe guardare alla contrattazione collettiva: *“Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione...”*. Formula, questa, anodina, che rivela sì l'intenzione del legislatore di limitare la discrezionalità del giudice ancorandola alla contrattazione collettiva, ma qui con la precisa consapevolezza di non poter andar oltre ad un “tiene conto”, peraltro già del tutto scontato in giurisprudenza; e, comunque, come si vedrà, resta figlia della stagione del vecchio art. 18, tanto da risultare non coerente rispetto a quella attuale del nuovo art. 18 St. lav.

Ora quel che il giudice faceva e fa è di verificare il fatto/inadempimento alla luce delle clausole generali. Stando al consolidato insegnamento della Suprema Corte, tale verifica deve essere effettuata secondo un approccio pluri-fattoriale⁴⁴⁶, tale da permettere di misurarne il rilievo colposo quale fatto non isolato, ma collocato nel contesto del rapporto di lavoro in essere: sia con riguardo al lavoratore, come dato dal pregresso disciplinare, dall'inquadramento, dal posto occupato, dal comportamento successivo ecc.; sia con rispetto al datore, come offerto dal modello organizzativo, dall'esistenza di un qualche precedente, dallo stato del rapporto interpersonale ecc.

Da questo approccio, che considera l'inadempimento addebitato al lavoratore nel quadro delle aggravanti e delle attenuanti emerse nel processo, filtrandolo attraverso il criterio di proporzionalità, emerge il giudizio sintetico circa il suo “grado” di gravità: se ritenuto tanto “grave” da impedire il proseguimento anche provvisorio del rapporto o, comunque, “notevole”, giustificherà il licenziamento.

Solo che se il grado di inadempimento non viene ritenuto sufficiente per far giudicare il licenziamento ingiustificato, tutto cambia, perché il giudice non può più limitarsi ad annullarlo, con una reintegra “piena” come era abituato a fare; ma deve effettuare una scelta. Questa dipende dal perché abbia ritenuto ingiustificato il licenziamento: se per *“insussistenza del fatto contestato”* o, comunque, per non riconducibilità del *“fatto fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*, lo

⁴⁴⁶ Richiama e valorizza il contesto multi-fattoriale R. PEZZUTO, *Brevi note sull'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare in base al testo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 (Legge Fornero)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 2, pag. 278.

annulla, con condanna alla reintegra “attenuata”; se per “*altre ipotesi*”, lo conferma, con condanna alla indennità risarcitoria “forte”.

Questa è una disciplina imperativa bidirezionale, che non può essere rimessa in discussione *in melius* dalla contrattazione collettiva; ma neppure *in pejus* da quella contrattazione collettiva di prossimità prevista dell’art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, estesa anche alle “conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro”, se pur con le eccezioni ivi previste, dato che la l. n. 92/2012 è al tempo stesso successiva e speciale⁴⁴⁷.

Qui è l’*intentio* del legislatore a confermarci la direzione di marcia verso una reintegra ridimensionata, ma non dirci di per sé quale sia qui la tappa effettivamente raggiunta, perché questa deve risultare compatibile con la formula compromissoria utilizzata. Sulla base dell’*intentio* e della lettera non risultano sostenibili valutazioni tanto sbrigative quanto inconcludenti, quali quelle per cui il filtro delle due condizioni previste per la reintegra lascerebbe passare solo il licenziamento “a torto marcio” o “pretestuoso”⁴⁴⁸. La prima espressione si commenta da sé; la seconda si rifà ad una pregressa giurisprudenza che sembra dar rilevanza all’intenzione sottesa al licenziamento, che, comunque la si valutasse ieri, certo non è richiamabile oggi per *bypassare* la verifica oggettiva delle condizioni richieste per la reintegra.

Sull’ “*insussistenza del fatto contestato*” c’è stata una battaglia interpretativa, passata alla storia come quella del “*fatto materiale*” contro il “*fatto giuridico*”, cioè, per dirla più semplicemente e chiaramente, della mera condotta contro la condotta imputabile e colposa⁴⁴⁹. Ora, far propria la

⁴⁴⁷ V. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 6, pag. 1137 e segg.; G. FERRARO, *Il contratto collettivo – Dopo l’art. 8 del decreto n.138/2011*, ivi, 2011, pag. 1249 e segg.; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, n. 132; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione svolta al XVII Convegno Aidlass 7-9 giugno 2012, Pisa su “*Il diritto del lavoro al tempo della crisi*”; O. MAZZOTTA, “*Apocalittici e “integrati” alle prese con l’art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148: il problema della disponibilità del tipo*”, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 19 e segg.; G. VIDIRI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 102 e segg.

⁴⁴⁸ Per l’espressione “a torto marcio” cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 57 e segg.; mentre per quella di “assoluta pretestuosità del licenziamento” A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 437.

⁴⁴⁹ Se non a provocare, certo ad accelerare il dibattito è stato Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012, pubblicata, oltre che, come ricordato su *Arg. Dir. Lav.*, con nota sostanzialmente adesiva di F. CARINCI, cit., anche su *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1049 e segg., con note variamente critiche di M.T. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, R. ROMEI.

Secondo una classificazione approssimativa, che forza dentro una distinzione secca e radicale tesi diverse, si può dire che di massima sono a sostegno del “fatto materiale”, nel senso di privilegiare l’elemento oggettivo costituito dalla condotta, peraltro a volte attenuandolo o contestualizzandolo: R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1067; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in <http://www.pietroichino.it/?p=21020>; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 440; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 1 e segg.; C. PISANI, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, pag. 744; M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 119 e segg.; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit., pag. 637 e segg.

Mentre sono a sostegno del “fatto giuridico”, nel senso di recuperare l’elemento soggettivo rappresentato dalla colpa, si da equipararlo all’inadempimento: F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, op. cit.; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1058; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l’opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 1035; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle grandi intese: riflessioni su un compromesso necessario*, op. cit., per cui

tesi del “fatto giuridico” non vuol dire che la mera esclusione dell’esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo abbia come conseguenza automatica l’annullamento del licenziamento, con conseguente reintegra. Ben può essere che il comportamento addebitato al lavoratore esista, ma, considerato nel contesto del rapporto di lavoro in essere, non sia sufficiente ad integrare gli estremi di cui all’art. 2119 c.c. o all’art. 3 l. n. 604/1966. Sicché, se anche il licenziamento dovesse essere considerato ingiustificato, non lo sarebbe per “*insussistenza del fatto contestato*”, che, recuperato nel suo profilo originario, ripulito da quel contesto in cui era stato precedentemente collocato e valutato, dovrebbe ora venir riportato al codice disciplinare collettivo o unilaterale, per vedere se sia o meno riconducibile ad una delle “*condotte punibili con una sanzione conservativa*”.

Peraltro a favore della tesi del “fatto giuridico”, gioca la stessa espressione usata dal legislatore, cioè di “fatto contestato”, che rinvia inevitabilmente a quel che il datore ha scritto nella contestazione dell’addebito e nella motivazione del licenziamento. Conclusione, questa, che trova conferma nella condizione successiva, cioè della non riconducibilità di tale fatto fra le condotte punite con sanzioni conservative secondo le previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari. Difatti, solo inadempienze o infrazioni, che dir si voglia, possono essere incasellate nelle fattispecie di cui a tali previsioni, sempreché siano sufficientemente precise e dettagliate.

15. (segue): il riferimento all’art. 530 c.p.p.

Di contro si è cercato di valorizzare l’art. 530 c.p.p., col richiamarne la prima formula assolutoria, cioè quella “*perché il fatto non sussiste*”, cioè non integra il reato attribuito all’imputato, dato che sono assenti gli elementi oggettivi previsti, quali dati dalla condotta o dall’evento o dal rapporto di causalità⁴⁵⁰.

Non è affatto escluso che il legislatore abbia tenuto presente questo art. 530 c.p.p., ma non più di tanto, perché non ha considerato le formule assolutorie successive⁴⁵¹. A dire il vero, in un primo tempo ha recepito nel co. 4 quella “*se l’imputato non ... ha commesso*” il fatto, coll’aggiungere all’insussistenza la non imputabilità del fatto contestato, ma poi nel testo definitivo l’ha soppressa; sicché, a rigor di logica, se ne dovrebbe addirittura dedurre che ormai la non imputabilità non sia più richiesta. Mentre ha del tutto ignorato la formula “*perché il fatto non costituisce reato*”, cioè non integra il reato attribuito all’imputato, dato che sono assenti gli elementi soggettivi contemplati, quali costituiti dal dolo, dalla colpa o dalla preterintenzione.

non è possibile ridurre il fatto contestato a fatto materiale per il canone ermeneutico *ab absurdo* (o apagogico) dato che così basterebbe l’esistenza di un fatto lecito come tale non riconducibile a nessuna sanzione conservativa per escludere la reintegra; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 674; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, sp. pag. 794 e segg.; A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 1141; R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 291 e segg.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. Lav.*, op. cit., pag. 247 e segg.; R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_463149437.pdf; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l’ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pag. 232 ss.; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo*, op. cit., pag. 332 e segg.

⁴⁵⁰ Considera una forzatura dell’utilizzazione della terminologia penalistica con riguardo ad un “comportamento che integra un’infrazione disciplinare” P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, op. cit., pag. 159 e segg.

⁴⁵¹ Rileva come “in tale impropria (o infelice) formula che non va intesa alla lettera devono essere ricomprese tutte le varie ipotesi proprie del processo penale di cui all’art. 530 c.p.p. R. PEZZUTO, *Brevi note sull’insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare in base al testo dell’art. 18 della legge n. 300 del 1970, siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 (Legge Fornero)*, op. cit., pag. 279.

Nell'art. 530 c.p.p., l'assoluzione dipende dalla mancanza nel fatto, altrimenti ricostruibile come reato, degli elementi soggettivi od oggettivi; mentre stando alla tesi qui contestata, nell'art. 18, co. 4, la reintegra dipenderebbe dalla presenza nel fatto contestato, altrimenti configurabile come inadempimento, dei soli elementi oggettivi. Sicché, mentre per il primo disposto c'è sempre l'assoluzione in assenza di un comportamento antiggiuridico per il diritto penale; per il secondo ci sarebbe la perdita della reintegra pure in mancanza di un comportamento antiggiuridico per il diritto civile.

Tant'è che chi non condivide tale tesi, sostiene che il fatto così sussisterebbe anche in presenza di un comportamento neutro o addirittura protetto; mentre chi la condivide, aggiunge che comunque, il comportamento deve essere antiggiuridico, senza spiegare come possa esserlo a prescindere da dolo o colpa.

16. (segue): la non riconducibilità del "fatto ... tra le condotte punibili con una sanzione conservativa".

La condizione dell' *"insussistenza del fatto contestato"*, sembra aver progressivamente perso d'importanza, sia per la difficoltà di difendere la tesi del "fatto materiale" *vis-à-vis* di quella del "fatto giuridico"; sia perché il "fatto contestato", comunque lo si legga, di norma c'è, ma deve essere comunque filtrato attraverso l'ulteriore condizione della sua riconducibilità *"tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari"*.

Sul punto è ripresa la battaglia interpretativa, che la Confindustria credeva di aver chiuso una volta per tutte, coll'ottenere che venisse soppresso il riferimento alle *"previsioni di legge"* inizialmente contenuto nel passo del co. 4 appena riportato. Secondo il giudizio dei suoi esperti, si sarebbe così precluso al giudice il ricorso all'art. 2106 c.c. per l' *"applicazione delle sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione"*.

Chi si accontenta gode, verrebbe da dire, se non fosse difficilmente credibile che l'aver cancellato il riferimento alle *"previsioni di legge"* sia stato sufficiente a mettere al bando l'art. 2106 c.c.⁴⁵² Se lo fosse per questo articolo, allora lo dovrebbe essere per assurdo anche per tutto quel che al riguardo è previsto dalla legge: non solo dall'art. 55 d.lgs. n. 165/2001, ma anche dallo stesso art. 7, co. 4, l. n. 300/1970.

Non lo è, né potrebbe esserlo, perché il criterio di proporzionalità costituisce elemento essenziale ed insostituibile dell'esercizio del potere disciplinare, che presiede all'affido fatto al contratto collettivo o al codice disciplinare del suo regolamento. Non per nulla l'art. 2106 c.c., recita *"secondo la gravità dell'infrazione e in conformità alle norme corporative"*, dove, a rigore di lettera e di

⁴⁵² Come auspicava A. MARESCA in *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 445 e segg., prima che tale riferimento venisse soppresso nel testo definitivo; e, ora, considera opportuno e significativo M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa*, op. cit., pag. 124 e segg. Vedi però nel senso che il fatto di aver emendato il testo originario non è servito ad impedire il ricorso del giudice all'art. 2106 c.c. M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle grandi intese: riflessioni su un compromesso necessario*, op. cit.; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 669 e segg.; A.L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 ...*, op. cit., pag. 105.

ratio, il criterio di proporzionalità precede e prevale rispetto alla disciplina corporativa destinata ad essere tutta costruita a sua misura⁴⁵³.

Si obietta che ci sarebbe così un'ulteriore chiamata in causa del criterio di proporzionalità: una prima volta, in sede di valutazione della giustificazione, per accertarne l'esistenza e modularne la rilevanza; ed una seconda, in sede di applicazione della sanzione, per graduarne la misura. Vien da rispondere che questa è cosa da addebitare al legislatore, che è intervenuto a duplicare la fatica del giudice; ma non senza precisare che è una chiamata in causa ben diversa.

In sede di valutazione della giustificazione tale chiamata in causa è necessaria, perché si tratta di sussumere il fatto collocato nel contesto del rapporto, in una clausola generale *ex lege*, giusta causa o giustificato motivo, che di diritto resta aperta ad una serie non determinata di comportamenti; in sede di applicazione della sanzione, è eventuale, perché si tratta di riportare il fatto scorporato dal contesto del rapporto, in una elencazione di previsioni disciplinari *ex contractu*, che di fatto risulta riferita ad una serie determinata di condotte.

Di certo c'è un *trend* ben preciso testimoniato dagli artt. 30, co. 3 l. n. 183/2010 e 18, co. 4, che punta a limitare il potere discrezionale del giudice, chiamando in causa i contratti collettivi: il primo, per le "*tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo*"; il secondo, per le "*condotte punibili con una sanzione conservativa*".

La prima formula non risulta ormai coerente con la seconda, perché nata in vigenza del vecchio art. 18 St. lav. Ieri, il non poter ricondurre l'inadempimento alle "*tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo*" avrebbe costituito una ragione sufficiente per concedere la reintegra. Oggi non più, perché solo il poter ricomprendere l'inadempimento fra le "*condotte punibili con una sanzione conservativa*" costituirebbe ragione al tempo stesso necessaria e sufficiente per attribuire la reintegra.

Di tale incoerenza il legislatore non si mostra affatto consapevole, preoccupato solo di recuperare come criterio discretivo all'interno dell'art. 18, co. 4, quello stesso fatto proprio da un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, della sanzione espulsiva come *extrema ratio*.

Il che trova conferma nella stessa differenza letterale, perché la prima formula - prevista per le "*tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo*" - usa una espressione debole, "*tener conto*", con rispetto ad una fonte forte, "*contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi*"; mentre la seconda - prescritta per le "*condotte punibili con una sanzione conservativa*" - utilizza una formula forte, "*perché il fatto rientra tra ...*", con rispetto ad una fonte debole, "*contratti collettivi e codici disciplinari applicabili*".

Ed è proprio con riguardo alla formula forte, "*perché il fatto rientra tra ...*", che è nato e si è alimentato il contrasto interpretativo. Se c'è accordo sul fatto che il giudice debba cominciare a cercare nel contratto collettivo o nel codice disciplinare una casella di sanzione conservativa in

⁴⁵³ Per la centralità dell'art. 2106 c.c. nella ricostruzione del potere disciplinare v. L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, pag. 1 e segg.; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2016, in Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da D. BUSNELLI, Milano, 2002, pag. 3 e segg.; da ultimo V. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Assago, 2012, pag. 1 e segg.

cui collocare il fatto contestato, non c'è accordo sul prosieguo. Da una parte si sostiene che la casella ha da essere di stretta misura, sicché se non c'è, salta la reintegra⁴⁵⁴; e, dall'altra, si oppone che, in mancanza di una casella di tal fatta, si può anche rinvenirne un'altra analoga o adattata alla bisogna proprio in forza e ragione del criterio di proporzionalità⁴⁵⁵.

Ora la prima scelta scarica sull'incolpevole lavoratore la ben nota approssimazione dei contratti collettivi, per cui l'eventuale assenza o incompletezza di una previsione *ad hoc* gioca a suo sfavore; e, comunque, sembra ignorare che tale approssimazione è largamente compensata proprio dall'incorporazione del criterio di proporzionalità da parte dei contratti collettivi: non solo, implicitamente, nella costruzione di una scala ponderata delle diverse infrazioni; ma, anche, esplicitamente, nella valutazione di una stessa infrazione, come l'insubordinazione.

D'altronde, come visto, la formula forte di cui all'art. 18, co. 4, "*perché il fatto rientra tra*" co. 4 è utilizzata con rispetto ad una fonte debole, "*contratti collettivi e codici disciplinari applicabili*". E pensare che contratti collettivi di diritto comune non qualificati neppure dall'essere stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, o addirittura codici disciplinari unilaterali, siano testi non interpretabili e non sindacabili dal giudice costituisce un *unicum* certo gravato da più di un sospetto di incostituzionalità; e se sono interpretabili e sindacabili, non sembra aversi criterio migliore cui far ricorso di quello di proporzionalità. Tutto questo, dando per scontato che contratti collettivi di diritto comune o codici disciplinari unilaterali applicabili esistano, perché altrimenti non è possibile evitare che il giudice si riappropri *in toto* di un potere discrezionale esercitabile alla luce del criterio di proporzionalità dell'art. 2106 c.c.⁴⁵⁶

Certo, in tal modo, il potere del giudice appare assai ampio; ma non più di quanto previsto a proposito del licenziamento economico, dove il legislatore si è addirittura lasciato scappare un "*può*", ponendolo a premessa di un giudizio circa la "*manifesta infondatezza*" del "*fatto posto a base del licenziamento*" che, di primo acchito, parrebbe consegnato alla mera e semplice percezione del giudice stesso. Proprio per limitare in qualche modo tale potere, ho suggerito altrove di recuperare il vero e proprio criterio base di un licenziamento disciplinare, cioè la colpa del lavoratore, graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, sì da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; non

⁴⁵⁴ V. M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa*, op. cit., pag. 125 e segg., secondo cui le disposizioni disciplinari devono soddisfare "un requisito di specificità 'qualificata', cioè tale da consentire al datore di lavoro di rappresentarsi agevolmente, senza dover compiere particolari valutazioni, che il tipo di mancanza commessa dal lavoratore poteva essere punita esclusivamente con una sanzione conservativa".

⁴⁵⁵ Questa è la tesi di gran lunga maggioritaria: tra i molti, F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, op. cit., pag. 1117 e segg.; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, op. cit., pag. 1037; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit., pag. 555; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 669; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit., pag. 639; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, op. cit., pag. 13 e segg.; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo*, op. cit., pag. 333 e segg.

⁴⁵⁶ Per una argomentazione simile a quella qui sostenuta v. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, op. cit., *sub par.* 13 del dattiloscritto; nonché A.L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, op. cit., pag. 96 e segg., che perviene ad una conclusione radicale sintetizzata in una domanda con contestuale risposta: "Resta quindi da chiedersi se la scelta fra reintegrazione e sola indennità sia di fatto residuale. E la risposta pare essere positiva" (qui pag. 111), che rivolta letteralmente quella usata da A. MARESCA (v. *supra* nota 36).

così grave, ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa di dieci giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, sì da fondare un licenziamento con preavviso e con l'indennità risarcitoria.

17. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 18, co. 7).

Last but not least, verrebbe da dire, allorché, ormai a corto di fiato, si giunge al co. 7. Secondo un indirizzo collaudato, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo viene espanso sì da ricomprendere sia quello intimato *“anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore”*, al quale, introdotto da un *“ovvero”*, viene a tener compagnia *“il licenziamento ...intimato in violazione dell'articolo 2010, secondo comma, del codice civile”*; sia quello effettuato a' sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966, cioè *“determinato ... da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*.

Ora è proprio il licenziamento economico ad aver rappresentato, fin dall'inizio, l'obbiettivo principale, perché ritenuto quello monetizzabile per antonomasia, essendo qui in gioco lo stesso potere imprenditoriale, che, liberato da *“lacci e laccioli”* sarebbe risultato maggiormente creativo sul piano occupazionale; e, al tempo stesso ad aver costituito, in prosieguo, il fronte ultimo dove si è assestato il legislatore, cercando di cedere il meno possibile, sì da riconoscere, tramite rinvio ai co. 4 e 5, la reintegra *“attenuata”* esclusivamente *“nell'ipotesi in cui”* – il giudice – *“accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento...”* e l'indennità risarcitoria *“forte”* nelle *“altre ipotesi”*.

Solo che, stando alla lettera, sembra restituire proprio ad un giudice di merito di cui ci si fida fino ad un certo punto - come ben testimonia l'art. 30 della legge 4 novembre 2010, n. 183 *“rafforzato”* dall'art. 1, co. 43 di questa stessa legge - una larga discrezionalità, a cominciare dalla frase che precede quella appena citata: *“Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi...”*. Ora quel *“Può”* suona contraddittorio, perché se il giudice non riconosce la reintegra *“attenuata”* nell'ipotesi di manifesta infondatezza, non può neppure concedere l'indennità risarcitoria *“forte”*, essendo questa riservata alle *“altre ipotesi”*. E, per di più, risulta incoerente con riguardo all'intero testo dell'art. 18; nonché, come pur è stato sostenuto, costituzionalmente discutibile, sicché è facile prevedere venga letto ed interpretato non come *“può”* ma come *“deve”*⁴⁵⁷.

Comunque quel *“Può”* è pur sempre espressivo dell'incerto procedere del legislatore, confermato dalla formula cui fa da premessa, cioè la *“manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”*, la quale riprende l' *“insussistenza del fatto contestato”* di cui al co. 4. Come visto, lo

⁴⁵⁷ Nel senso che *“può”* deve essere interpretato come *“deve”* v. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 667 e segg.; e, comunque, in senso critico A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, op. cit., pag. 791, V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., pag. 347 e segg., che ravvisa una questione di legittimità costituzionale, nonché A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo obbiettivo*, in C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 163 e segg., che privilegia *“deve”* in base ad un'interpretazione adeguatrice alla Costituzione.

Contra A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 258; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 625; M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro....*, op. cit., pag. 265 e segg.; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 65.

fa per enfatizzare un qual sorta di continuità rafforzata, per cui quella di cui al co. 7 non è sufficiente che vi sia, ma vi deve essere in maniera “manifesta”. Solo che, nel co. 4, l’“insussistenza” riguarda un fatto, cioè quello “contestato”, che come tale può essere ricostruito, pur scontando il suo eventuale carattere complesso; mentre, nel co. 7, la “manifesta insussistenza” non riguarda un fatto, perché quello “posto a fondamento del licenziamento” non può essere configurato come tale, riconducibile com’è a “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” (art. 3, l. n. 604/1966).

Secondo la “classica” lettura offertane dalla giurisprudenza questa formula comporta una verifica complessa ed articolata della motivazione adottata dal datore con riguardo ad un licenziamento economico: ci deve essere la soppressione del posto del lavoratore licenziato, senza che sia possibile destinarlo altrove, con lo stesso mansionario o addirittura con un mansionario inferiore, se pur con lo stesso stipendio; e ci deve essere una relazione causale fra tale soppressione e le effettive ragioni produttive-organizzative addotte.

Non è qui il caso di sottolineare la obsolescenza della stessa espressione “soppressione del posto di lavoro”, che riecheggia modelli organizzativi tayloristici, costruiti su ruoli fissi, o addirittura pubblici, dotati di organici; e che, peraltro, risulta non di rado contraddetta dall’ammettere lo scorporo di un posto in mansioni ricomponibili e ridistribuibili altrimenti⁴⁵⁸. E neppure di seguire la ricca e variegata declinazione delle ragioni tecnico-organizzative, che se pur con la esplicita riconferma di non voler sindacare la fondatezza delle ragioni produttive-organizzative addotte, non di rado lo fa: non quando esclude che possano essere contingenti e transeunti; ma quando, esemplarmente, pretende che siano finalizzate a contenere perdite e non a conseguire profitti.

Si vuole solo riprendere e riaffermare quanto già ben sostenuto, che, cioè, la formula legislativa, così come resa dalla giurisprudenza ci ritorna un *mix* inscindibile di evenienze, valutazioni, previsioni non riducibile a “fatto”⁴⁵⁹. Ne segue che il ricorrente tentativo della dottrina di individuare una componente di tale formula identificabile con il “fatto posto a base del licenziamento” di cui al co. 7 - siano la soppressione del posto del lavoratore licenziato, *il repêchage*, la relazione causale o le ragioni produttive-organizzative - è destinato a restare per lo meno incerto⁴⁶⁰.

Se così è, il discrimine circa la sanzione applicabile va ricercato non in una supposta maggior capienza delle “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” rispetto al “fatto posto a base del licenziamento”, che così ne verrebbe a costituire solo una parte. Data la sostanziale coincidenza fra il giustificato motivo obbiettivo di cui all’art. 3 l. n. 604/1966 e il fatto di cui al co. 7, quel discrimine va trovato nella persuasività della prova svolta a sostegno della motivazione adottata.

⁴⁵⁸ V. A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., pag. 153 e segg.

⁴⁵⁹ Incisiva e persuasiva la critica di C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pag. 73 e segg.

Conclude giustamente P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro...*, op. cit., pag. 275 che «la formula “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo” non può in alcun modo essere spiegata alla luce di una controversa opera di scomposizione o frammentazione degli elementi costitutivi della fattispecie giustificato motivo oggettivo».

⁴⁶⁰ Cfr. V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., pag. 341 e segg.; A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo obbiettivo*, op. cit., pag. 153.

Il legislatore è stato tradito dalla tentazione di mettere in scala il licenziamento ingiustificato, parlando sempre di fatto, ma secondo un crescendo dall' "insussistenza" alla "manifesta insussistenza". Ma l'espressione "insussistenza", come recepita nei co. 4 e 7, non pone certo una questione ontologica, da risolvere nei termini alternativi di essere o non essere⁴⁶¹; ma solo probatoria, da affrontare nei termini graduati di maggiore o minore soddisfazione della prova richiesta⁴⁶².

L' "insussistenza" richiesta dal co. 4, comporterà una prova relativamente maggiore dell'esistenza del "fatto contestato", inteso come l'inadempimento scorporato dal contesto del rapporto in essere, in cui è stato posto per accertare se il licenziamento disciplinare è ingiustificato; mentre l' "insussistenza manifesta" richiamata dal co. 7, implicherà una prova relativamente minore dell'esistenza del "fatto posto a base del licenziamento", considerato come ricomprensivo delle ragioni, della relazione causale, della soppressione del posto del lavoratore licenziato.

18. (segue): vecchio e nuovo nel giustificato motivo oggettivo.

Il che non vuol dire che il giustificato motivo oggettivo, così come definito dall'art. 3 l. n. 604/1966, sia destinato a rimanere invariato. Senza scendere ad una analisi puntuale, peraltro già svolta in dottrina, sembra che qualche incrostazione "paternalistica" introdotta dalla giurisprudenza possa essere rimessa in discussione, a cominciare da quel *repêchage*⁴⁶³ che ha visto nel tempo allargarsi l'ambito applicativo, se pur con un contestuale alleggerimento dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro. Già stonava, ieri, con la lettera dell'art. 3 l. n. 604/1966⁴⁶⁴; stona, oggi, a maggior ragione, con quella pur sostanzialmente equivalente dell'art. 18, co. 7, perché nel "fatto posto a base del licenziamento", non sembra proprio possa ricomprendersi l'obbligo di trovare un posto alternativo. Il che trova una qualche conferma nella procedura preventiva di cui al nuovo art. 7 l. n. 604/1966, secondo il quale "le parti, con la partecipazione attiva della commissione ..., procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso..." (co. 6); ed "il comportamento complessivo delle parti ... è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, settimo comma della legge 20 maggio 1970, n. 300" (co. 8). Se ne potrebbe dedurre che, come nella procedura prevista per il licenziamento collettivo anche in questa che la riecheggia, se pur alla lontana, la possibilità di un posto venga lasciata alla trattativa fra le parti; fermo restando che se condotta dal datore in mala fede, lo esporrà alla corresponsione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, co. 7.

⁴⁶¹ Così invece A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 440.

⁴⁶² Cfr. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 666; A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 624; C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, op. cit., pag. 80 e segg.; nonché, problematicamente, V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., pag. 341. Denunciano, invece, l'irrelevanza e la ridondanza dell'espressione "manifesta" S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 537 e A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 443.

⁴⁶³ Nel senso che il *repêchage* continui a costituire un presupposto del licenziamento, A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto ...*, op. cit., pag. 800 e segg. Considera, invece, problematico dove collocare attualmente tale obbligo A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., pag. 158 e segg.

⁴⁶⁴ Così L. DE ANGELIS, *Il giustificato motivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 123 e segg.; Id., *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. Dir.*, 2007, pag. 465 e segg.

D'altronde il *repêchage* finisce per incidere su quel potere imprenditoriale che già il testo originario dell'art. 30, co. 1 l. n. 183/2010 aveva cercato di salvaguardare, col prevedere che " *In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge ... contengano clausole generali, ivi comprese ... (il) recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro*". E che l'aggiunta a quel testo operata dall'art. 1, co. 43 di questa legge, ha ulteriormente blindato, col sancire che " *L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto*".

Vi è sottesa una politica del diritto che privilegia la crescita occupazionale attesa da una maggiore flessibilità in uscita rispetto a quella della difesa ad ogni costo della singola occupazione, ben rispecchiata nell'invenzione giurisprudenziale del *repêchage*. Certo, data la sua forza inerziale non c'è da attendersi la sparizione dell'istituto, ma al massimo una sua rilevanza limitata, se pur non sorretta dalla lettera della legge, che, cioè, la mancata offerta di un'altra occupazione pur esistente dia luogo non alla reintegra "attenuata" ma solo all'indennità risarcitoria "forte"⁴⁶⁵.

La ricaduta della svolta legislativa può andare ben oltre la soppressione o la svalutazione del *repêchage*, fino a rimettere in discussione la stessa interpretazione giurisprudenziale delle "ragioni" di cui all'art. 4, l. n. 604/1966, sì da restituirle depurate da limitazioni radicate in quella stessa politica della difesa ad ogni costo della singola occupazione. Esempio in tal senso la distinzione fra scelte dettate dalla necessità di contenere le perdite considerate idonee e scelte effettuate per l'opportunità di realizzare profitti, ritenute inidonee a giustificare un licenziamento economico.

19. Punto e a capo.

Se il legislatore propone ed il giudice dispone, il professore, come dice il buon Manzoni, scrive per pochi se non pochissimi, illudendosi di cambiare il mondo, stando comodamente seduto a strimpellare sui tasti di un computer. Ma il risveglio lo riporta subito alla dolorosa realtà di un monologo scambiato per dialogo.

⁴⁶⁵ V. G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, op. cit., pag. 236 e segg.; e, in termini problematici, M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 628 e segg., nonché Trib. Milano, ord. 28 novembre 2012, in *Boll. Adapt*, 2013, 1 e in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, pag. 628 e segg.