

GUIDO VIDIRI

Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

LA RIFORMA FORNERO: LA (IN)CERTEZZA DEL DIRITTO
E LE TUTELE DIFFERENZIATE
DEL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO

SOMMARIO: 1. Il giudice del lavoro e la «giurisprudenza anarchica». — 2. La nomofilachia e la certezza del diritto. — 3. La legge n. 92 del 2012: la riscrittura dell'art. 18 St. lav. ed i suoi effetti. — 4. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento discriminatorio. — 5. ... e la tutela reale. — 6. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento disciplinare. — 7. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento viziato procedimentalmente. — 8. La (in)certezza del diritto ed il licenziamento per ragioni economiche ed organizzative. — 9. Conclusioni.

1. *Il giudice del lavoro e la «giurisprudenza anarchica».* — In una introduzione (datata 1 aprile 2000) al suo manuale di diritto privato — che come precisa lo stesso autore ha una platea di lettori comprensiva di laureati candidati ai concorsi e anche di qualche professionista e magistrato — uno dei più illustri civilisti del nostro tempo ha affermato di avere svolto con la sua opera una ricognizione in settori del diritto privato, non frequentati abitualmente, con letture «proficue» di diritto commerciale e «deludenti» di quel diritto del lavoro, un tempo affidato alle cure di illustri giuristi «ed ora per lo più infarcito di chiacchiere, che alimentano un diritto reso bastardo da un legislatore inadeguato e da una giurisprudenza anarchica». Lo stesso studioso, in una successiva introduzione ad altra edizione dello stesso manuale (datata 18 giugno 2007), dopo avere rimarcato un deprecabile desiderio di notorietà, riscontrabile non solo tra i giudici penali ma anche tra quelli civili, ha poi aggiunto che i giudici del lavoro dovrebbero riscattarsi da deprecabili pregiudizi ideologici «che hanno reso non governabile questa

materia, con ripercussioni gravissime sul mercato» (1). Pur non condividendo l'eccessiva severità delle suddette critiche, è stato ripetutamente ricordato come non siano pochi coloro che ritengono il diritto del lavoro caratterizzato da una «giurisprudenza anarchica» e da «pronunziati giurisprudenziali fortemente condizionati da pregiudizi ideologici», ma nello stesso tempo è stato rimarcato come una siffatta opinione non debba provocare chiusure corporative volte a dare risposte sommariamente liquidatorie a problematiche che assumono rilevanza per la credibilità della giustizia nel suo complesso e che «devono indurre tutti coloro che operano nell'area giuslavoristica, e primi fra tutti i giudici, a chiedersi perché le suddette critiche abbiano ottenuto credito — e non importa in che misura — nella realtà fattuale» (2).

Una sede come la presente, in cui si intende procedere a prime riflessioni sulla «legge Fornero», non si presta ad affrontare *funditus*, e tanto meno con la presunzione di risolverlo, il complesso problema della scelta degli strumenti più adeguati ad assicurare la credibilità di una giustizia attraverso un magistrato che sia sempre indipendente e terzo e, quindi, non condizionato da pregiudizi ideologici o da radicate opzioni culturali che lo inducano ad assegnarsi il compito di «fare» giustizia e non invece di «amministrare giustizia».

Su queste premesse occorre esaminare il punto di maggiore rilevanza della recente legge 28 giugno 2012, n. 92, rappresentato dalla normativa sui licenziamenti che rischia di creare una «giurisprudenza anarchica» in un settore dell'ordinamento giuridico che, come osserva un illustre giurista «è sempre stato “valorista”, cioè volto a perseguire valori di fondo, quale quello della libertà e della dignità del lavoro» (3).

La ricerca di generali e sicuri «riferimenti valoriali» è ora resa

(1) Così, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, Introduzione*, Edizioni Scientifiche, 2009.

(2) In questi termini: G. VIDIRI, *Il contributo della Corte di cassazione all'evoluzione del diritto del lavoro*, *ADL*, 2010, I, 27.

(3) In tali sensi si veda un frammento di un saggio di M. DELL'OLIO richiamato da P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, *q. Riv.*, 2009, I, 30 ss, che esaminando l'evoluzione storica del diritto del lavoro mostra di credere che nel futuro «la disciplina giuslavoristica possa meritare quell'appellativo che un nostro pensoso civilista Vittorio Polacco, dava al diritto commerciale, e cioè di essere il vero bersagliere del diritto privato».

difficile in un assetto ordinamentale contraddistinto da una produzione legislativa come quella attuale che, per rivelarsi sempre più frequentemente lacunosa, priva di chiarezza e caratterizzata da indecifrabile ambiguità, costituisce terreno permeabile per percorsi interpretativi in qualche misura influenzati da rigide e imm modificabili opzioni culturali con pericolose ricadute sull'immagine della intera magistratura e con conseguenze talvolta gravi ed imprevedibili per la collettività (4).

2. *La nomofilachia e la certezza del diritto.* — La *ratio essendi* della funzione monofilattica è stata da sempre correlata alla salvaguardia del principio contemplato nell'art. 3 della Costituzione in quanto l'uniforme interpretazione della legge si traduce in una garanzia di effettiva uguaglianza, o meglio di non irragionevole disparità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge. Ed è stato pure evidenziato come sussista un reciproco e stretto collegamento tra nomofilachia, tempi del processo e certezza del diritto, non potendosi mettere in dubbio che la interdipendenza — o più precisamente la circolarità degli effetti — tra una significativa e non effimera durata dei *dicta* giurisprudenziali — ed i tempi del processo — contribuisca a rendere certo il diritto (5), con ricadute positive non soltanto sul versante di una maggiore credibilità del servizio giustizia ma anche su quello socio-economico, nella misura in cui una risposta giudiziaria improntata ad un alto tasso di alea provoca nei settori portanti dell'economia effetti deleteri, disincentivando gli investimenti di capitali e ponendo seri ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale, con conseguenziale riduzione della produttività e della occupazione.

In questa direzione è stato affermato più volte che la incertezza del diritto oltre a generare ripercussioni negative sul vivere sociale (6), produce effetti sfavorevoli sul piano economico, giacché

(4) Sul punto cfr. *amplius*: G.VIDIRI, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, RDP, 2011, 1205.

(5) Sul ruolo monofilattico della cassazione — rafforzato a seguito del d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 e della legge 18 giugno 2009 n. 69 — da ultimo, G.VIDIRI, *Il giudizio di cassazione*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI-M. PERSIANI, *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. VALLEBONA, Cedam, 2011, 491 ss., spec. 526-530.

(6) Con riguardo ai deleteri effetti di un diritto incerto ed oscuro osserva A.

finisce per danneggiare la classe imprenditoriale e gli stessi lavoratori, intralciando qualsiasi iniziativa economica che voglia, come prescrive l'art. 41 Cost., perseguire «l'utilità sociale» nel rispetto della «libertà e dignità umana» (7).

Da un celebre sociologo tedesco del secolo scorso si è osservato che l'economia del capitalismo ha bisogno «di un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina» (8) e si è anche perspicuamente rilevato da altro autorevole studioso che nei sistemi incentrati sulla produzione di massa risulta indispensabile una «matematica delle azioni» che permetta a ciascun soggetto di un rapporto economico di valutare i vantaggi e gli svantaggi delle scelte da operare (9).

3. *La legge n. 92 del 2012: la riscrittura dell'art. 18 St. lav. ed i suoi effetti.* — Un esame della legge n. 92 del 2012 limitato alla sola materia dei licenziamenti illegittimi, impone un severo giudizio sulla intera riforma del lavoro e costringe ad affermare che la suddetta legge rappresenta un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e, pertanto, foriero di una «giurisprudenza anarchica» (10).

La natura delle modifiche apportate su numerosi punti qualificanti dell'art. 18 St. lav., si da «sfigurarne» l'iniziale immagine, ha

VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, q. Riv., 2004, I, 8 ss. che la persona si scontra ogni giorno, in tutte le direzioni del suo agire, con l'incertezza del diritto dal quale non si sente più difesa, soffrendo, anzi, anche su questo versante, l'angoscia della incertezza che travolge la qualità della vita perché «molti tra i i più gravi pericoli per la libertà dello individuo vengono proprio dalla incertezza del diritto, che finisce per privilegiare i furbi e i forti nei confronti dei semplici e degli onesti».

(7) In questi termini, e sempre per quanto attiene all'incertezza nell'area giuslavoristica, cfr. *amplius* G. VIDIRI, *La certezza del diritto e l'interpretazione dei contratti collettivi*, *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza QDL*, I, *L'interpretazione del contratto collettivo*, Giuffrè, 2004, 81 ss.

(8) Cfr. in argomento M. WEBER, *Storia economica. Linea di una storia universale della economia e della società*, Donzelli, 1993, 298, cui *adde*, dello stesso Autore, ed ancora sulla «calcolabilità» del diritto moderno, *Economia e società*. III. *Sociologia del diritto*, Edizioni di comunità, 1980, spec. 161 e 190.

(9) Così N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Cacucci, 1995, 22.

(10) Per uno studio della recente riforma, che ha il pregio di essere succinto e chiaro e nello stesso tempo indicativo di molti punti della recente riforma suscettibili di critica vedi S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, *ADL*, 2012, 535 ss.

già indotto la dottrina a nutrire su dette modifiche consistenti riserve, che sono state estese all'intero impianto della recente riforma, ravvivando un dibattito — in verità mai sopito sulla flessibilità in uscita del rapporto di lavoro — costantemente alla ricerca di un giusto equilibrio tra due diritti a copertura costituzionale (libertà di impresa e diritto al lavoro).

Da sempre molte disposizioni della norma statutaria sono state occasione per scontri — declinati spesso in maniera demagogica e non con una doverosa coscienza laica stante la rilevanza e complessità della materia — tra quanti avrebbe voluto estendere il diritto alla reintegra nel posto di lavoro anche ai dipendenti delle piccole imprese (11) e quanti di contro hanno da sempre patrocinato il solo risarcimento dei danni subiti dal lavoratore illegittimamente licenziato sul presupposto che la reintegra finisce per tradursi per le imprese in una eccessiva rigidità in uscita con ricadute, non certo trascurabili, sotto il profilo occupazionale (12).

Il dibattito presenta ora caratteri nuovi perché la riforma in esame — per avere inteso perseguire una difficile mediazione tra opposte concezioni sulle politiche del lavoro in tempi brevi — risente di una mancata riflessione sull'impatto destinato ad avere in concreto sul versante socio-economico anche in ragione di una disciplina eccessivamente articolata, ambigua in molti passaggi e di difficile lettura e che, nel suo complesso, contiene più ombre che luci.

Tra queste ultime vanno annoverate l'introduzione dell'obbligo, da parte datoriale, di specificare con immediatezza i motivi del licenziamento, consentendo di individuare il *thema decidendum*

(11) Per l'opinione volta a giustificare la rigidità in uscita cfr. per tutti M. RUSCIANO, *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, *DRI*, 2005, 1046-1047. Sulla flessibilità in generale cfr. da ultimo L. LAZZERONI, *Flessibilità e lavoro*, *RGL*, 2012, I, 171 ss., che dopo avere dato atto delle diverse e contrastanti posizioni dottrinarie in argomento, ritiene che allo stato sia difficile «mollare la presa sul fattore flessibilità che comunque incarna l'impostazione corrente» ma nello stesso tempo non esclude affatto che il «processo di flessibilizzazione» (come quello di precarizzazione) muti nel tempo perché la flessibilità «nel sistema lavoro» è solo questione di adattamento ai mutamenti del contesto socio-economico.

(12) Per la necessità di una maggiore flessibilizzazione del mercato del lavoro anche ai fini di assicurare maggiori spazi occupazionali agli *outsiders* vedi tra i tanti P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996 cui *adde* per la necessità che i mercati non siano vincolati da meccanismi protettivi troppo invasivi e che le rigidità siano eliminate R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio*, Laterza, 2000.

in modo da renderlo subito noto alla controparte (cfr. co. 37, l. n. 92 del 2012); la modifica al secondo comma dell'art. 6 della l. n. 604 del 1996 che riduce il termine di decadenza per proporre ricorso da 270 giorni a 180 giorni, sicuramente congruo al fine di garantire il diritto di difesa di chi intende iniziare il giudizio (cfr. co. 38, l. n. 92 del 2012) (13); sotto altro versante, l'unificazione sul piano sanzionatorio — ad opera dei primi tre commi del nuovo art. 18 St. lav. — di licenziamenti in precedenza diversamente disciplinati.

Ma nella riforma le luci sono poche e le ombre molte.

Per limitarsi a qualche breve accenno alla nuova disciplina che deve precedere il licenziamento per giustificato motivo oggettivo — disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8, l. 20 maggio 1970, n. 300 — va sottolineato che la sua *ratio* è ravvisabile nell'intento di agevolare la conciliazione in controversie di non agevole soluzione. Alla stregua di quanto prescritto nel comma 40 dell'art. 1 della citata l. n. 92, il datore di lavoro deve attivare un percorso procedurale, che non si rivela né semplice né tanto meno celere per i numerosi adempimenti da compiere, e la cui ritenuta utilità si basa su una buona dose di ottimismo. Ad una fase iniziale, nella quale è prevista una comunicazione (contenente i motivi giustificativi del provvedimento) da inviare alla Direzione territoriale del lavoro (e per conoscenza al lavoratore interessato), segue ad opera di tale Direzione la convocazione delle parti (che possono essere assistite dalle organizzazioni sindacali cui sono iscritte o a cui hanno conferito mandato, o ancora da un componente della rappresentanza sindacale o infine da un avvocato o consulente del lavoro) davanti alla Commissione provinciale di conciliazione, che dovrà a sua volta impegnarsi per ricercare possibili soluzioni alternative al recesso.

(13) Ricorda A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 44-45, che tale termine di decadenza si applica solo dopo l'entrata in vigore della nuova legge (art. 1, co. 39); che si tratta di un termine di decadenza sostanziale — come tale insuscettibile di sanatoria, interruzione o sospensione, neppure per incapacità o errore del lavoratore — da eccepire dal datore di lavoro nella memoria di costituzione e non rilevabile d'ufficio; che non è applicabile al licenziamento inefficace per vizi di forma — dal momento che il termine decorre dalla comunicazione scritta del recesso — mentre va applicato a tutti gli altri licenziamenti illegittimi ed anche all'impugnazione dei licenziamenti collettivi, ora ricondotta alla disciplina generale (art. 1, co. 46, che ha così novellato l'art. 5, co. 3, ultimo periodo della l. n. 223 del 1991).

Al di là della meritoria finalità assegnata ad una simile procedura — accertare cioè l'effettività delle ragioni oggettive addotte nella comunicazione in vista di un possibile accordo consensuale sulla risoluzione del rapporto con conseguenti effetti deflattivi — non può negarsi che la finalità medesima può risultare vanificata anche per il pericolo di un ritardato avvio della fase giudiziaria in virtù della introduzione di molteplici adempimenti da osservare entro termini della cui rigida osservanza è lecito dubitare nonché a seguito di legittimi e documentati impedimenti del lavoratore (ad es. per malattia) (14).

Ben più accentuate riserve sollecita la disamina delle innovazioni introdotte in tema di licenziamento individuale illegittimo.

È noto che prima della l. n. 92 l'art. 18 St. lav. stabiliva che, accertata la inefficacia o invalidità del licenziamento, il datore di lavoro fosse tenuto a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino all'effettiva reintegra, facendo salvo in ogni caso il minimo di cinque mensilità.

Ed è altresì noto come in nessun Paese dell'Occidente sia dato rinvenire un apparato garantistico così forte e rigido come quello sinora riscontrabile in Italia, giacché nelle altre Nazioni la sola reintegra non è prevista affatto o se prevista la sua applicazione non è frequente (15).

Per di più, già in epoca risalente, la Suprema Corte ha più volte evidenziato come il citato articolo non fosse una disposizione di ordine pubblico, in linea con l'orientamento della Consulta secondo cui la tutela obbligatoria prevista dalla l. n. 604 del 1966 (così come modificata dalla l. 11 maggio 1990 n. 108) è idonea a garantire ugualmente una protezione efficace per il lavoratore non essendo la

(14) La nuova procedura ha trovato una fredda accoglienza in dottrina, essendosi scritto al riguardo anche «che la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo è arricchita (si fa per dire) dal colpo di genio di reintrodurre per le controversie il (fallimentare e, perciò, abrogato dalla citata l. n. 183 del 2010) tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla Direzione del Lavoro», (così S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto* cit., 537).

(15) Per riferimenti di diritto comparato e giurisprudenziali in ordine alla natura derogabile della tutela reale del posto di lavoro cfr. G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, q. Riv., 2012, I, 125.

reintegra nel posto di lavoro «l'unico paradigma attuativo» dei principi Costituzionali (16).

Il recente legislatore, modificando in punti nodali la precedente disciplina, ha inteso inserire nell'ampia area dei licenziamenti illegittimi una differenziazione delle tutele, operando così una graduazione del sistema sanzionatorio sulla base dello specifico vizio invalidante, con la volontà di limitare l'ambito di applicazione della reintegra nel posto di lavoro ai casi di maggiore gravità, e riconoscendo negli altri casi al lavoratore il diritto al risarcimento dei danni, seppure diversamente commisurato. Tuttavia non è da escludere che ancora una volta la finalità voluta non venga raggiunta giacché al cospetto di una tecnica legislativa approssimativa si finisce in concreto per fare del giudice, titolare di ampi poteri discrezionali, il vero legislatore nel definire con i suoi pronunziati l'ambito di operatività della tutela reale (17).

4. *La (in)certezza del diritto ed il licenziamento discriminatorio.* — Le riserve mosse con riferimento alle recenti innovazioni apportate al disposto dell'art. 18 St. lav. — concretizzatesi già tra i primi commentatori in critiche particolarmente severe — ricevono sostanziale conforto dall'analisi delle distinte normative dettate per le singole tipologie di licenziamento illegittimo (18).

(16) Cfr. al riguardo C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46, che richiama come precedenti attinenti all'esercizio della discrezionalità del legislatore nella scelta delle garanzie a tutela del lavoratore C. cost. 16 dicembre 1980 n. 189 e 129 ed ancora, in tempi più risalenti, C. cost. 18 dicembre 1970, n. 104.

(17) Per la denuncia che il problema più acuto in materia di licenziamento è quello della incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso del licenziamento sia disciplinare sia per giustificato motivo oggettivo vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, *q. Riv.*, 2012, 449, che evidenzia al riguardo come «in ambedue i casi la discrezionalità del giudice sia molto ampia e spesso imperscrutabile».

(18) Per quanto riguarda il nuovo testo dell'art. 18 St. lav. parla di un «pauroso passo all'indietro» in ragione della riduzione della possibilità di reintegra nel posto di lavoro ad «ipotesi del tutto marginali» P. ALLEVA, *Informare per resistere*, 1 luglio 2012, che qualifica come menzogna «odiosa» l'assunto secondo cui la maggiore facilità dei licenziamenti sia stata compensata con un maggiore controllo del precariato e con la riforma degli ammortizzatori sociali, per essere la riforma Fornero «drasticamente peggiorativa» rispetto alla precedente normativa. Sulla base di divergenti premesse e considerazioni perviene però ugualmente ad una bocciatura (feroce ed) ugualmente totale della recente normativa S. MAGRINI,

Il comma primo del nuovo articolo 18 ha regolato la nullità dei licenziamenti discriminatori ed ha poi esteso la relativa disciplina ad altri casi di licenziamento ricollegabile a condotte datoriali espressive di particolare disvalore, quali quelli: intimati in concomitanza di matrimonio (art. 35 d.lgs. n. 198 del 2006) e nel periodo di interdizione per maternità; della lavoratrice o del lavoratore in ragione della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino; del lavoratore durante il congedo di paternità e dei genitori adottivi o affidatari che si trovino nelle stesse condizioni (art. 54 d. lgs n. 151 del 2001). Ad identica disciplina è stato ora assoggettato il licenziamento «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile» (19).

Tutti i cennati licenziamenti vengono, quindi, ugualmente disciplinati dal rinnovato art. 18 St. lav.. In precedenza in alcuni casi trovava applicazione il regime speciale di cui alla suddetta norma statutaria, mentre in altri casi si faceva riferimento alle generali regole di diritto comune, con la conseguenza che — nella articolata materia del recesso datoriale — alla eliminazione degli effetti del licenziamento e alla conseguente persistenza del rapporto lavorativo si perveniva attraverso l'applicazione di differenziate normative giuridiche (20).

Quer pasticciaccio brutto cit., 535 ss. che, esaminando con riferimento all'art. 18 St. lav. il disegno — tradottosi poi in legge — allora all'esame del Parlamento forniva il suggerimento di «tenersi stretto il buon articolo 18, stagionato da oltre quaranta anni», rammentando al riguardo il dialetto romanesco di un anonimo trasteverino, del quale si narra che — avendo sperimentato, «dopo la caduta del fascismo, qualche mese della neonata democrazia repubblicana — tracciò su di un muro, la scritta: arridatece er puzzone».

(19) Cfr. sulla nuova disciplina del licenziamento discriminatorio e verbale tra i primi commentatori, M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, in *La riforma del lavoro, Guida normativa. Il Sole 24 Ore*, Luglio 2012, 57-58; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro* cit., 48 ss. cui *adde*, sempre sul nuovo impianto dell'art. 18 St. lav. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, *ADL*, 2012, 615-619, nonché in generale sulla necessità di modulare il regime sanzionatorio sul diverso disvalore attribuibile in misura differenziata ai comportamenti del datore di lavoro — tra loro anche molto variegati — che violano le norme (sostanziali o processuali) poste a tutela del lavoratore; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio* cit., 423 ss.

(20) Così le generali norme di diritto comune trovavano applicazione in luogo della speciale disciplina dettata dall'art. 18 St. lav. per il licenziamento intimato alla lavoratrice dall'inizio del periodo di gestazione fino al compimento

Il nuovo sistema di tutela reale si traduce in tutti i ricordati casi di recesso, nella reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro «indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» e si estende «anche ai dirigenti».

Il medesimo regime dei licenziamenti discriminatori si estende al licenziamento dichiarato inefficace, perché intimato verbalmente, pur non essendo contrario ad un divieto ma comportando solo una violazione di una prescrizione di forma (21). Il licen-

di un anno di età del bambino in violazione dell'art. 2, co. 2, l. n. 1204 del 1971 (cfr.: Cass. 15 settembre 2004, n. 18537, *DPL*, 2004, 2855, nt. QUARTO, *Licenziamento della lavoratrice madre: qualificazione e conseguenze*, che ha ritenuto viziato da nullità assoluta il licenziamento e per l'effetto giuridicamente pendente il rapporto, con la conseguente condanna al pagamento in favore della lavoratrice dei danni derivanti dall'inadempimento in ragione del mancato guadagno e successivamente, Cass. 10 agosto 2007, n. 17606); per tutti i restanti licenziamenti intimati nei periodi contigui al matrimonio ed alla maternità (cfr. *ex plurimis* e sempre per la radicale nullità e per il diritto della lavoratrice alla riammissione in servizio ed alla percezione delle retribuzioni sino alla effettiva riammissione, Cass. 10 maggio 2003, n. 7176, *OGI*, 2003, 428 e più di recente Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620, *FI*, 2007, I, 1453); per il licenziamento per illiceità del motivo (Cass. 26 giugno 2009, n. 15093, che ribadendo la nullità del licenziamento e la sua idoneità a produrre qualsiasi effetto ha riconosciuto al lavoratore, indipendentemente dai requisiti dimensionali dell'impresa, per intero le retribuzioni maturate in forza del rapporto di lavoro mai interrotto e la condanna del datore di lavoro a riammetterlo in servizio ed a versare i contributi previdenziali ed assistenziali dal momento del recesso). Anche con riferimento al licenziamento verbale hanno trovato applicazione i principi di diritto comune essendosi statuito che nei rapporti non rientranti nell'area della tutela reale, al licenziamento affetto da uno dei vizi formali di cui all'art. 2 l. n. 604 del 1966 e successive modificazioni — che per la sua inefficacia non produce effetti sulla continuità del rapporto — consegue il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, determinabile secondo le regole in materia di inadempimento delle obbligazioni sicché in considerazione della natura sinallagmatica del rapporto si richiede ai fini dell'adempimento dell'obbligazione retributiva che siano messe a disposizione le «operae» e, cioè, l'offerta delle prestazioni lavorative (Cass. 30 agosto 2010 n. 18844 ed, in epoca più risalente, Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, *q. Riv.*, 2000, I, 145, nt. OGRISEG, nonché *MGL*, 2000, 1061, nt. PAPALEONI).

(21) Osserva puntualmente al riguardo v. M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate* cit., 58, che il testo della disposizione induce a ritenere che la reintegrazione ed il relativo regime risarcitorio riguardino qualsiasi licenziamento verbale quale sia il numero dei dipendenti o la natura dell'attività svolta, perché se è vero che destinatario del rinvio non è il comma 1, che prevede la reintegrazione generalizzata ma «il presente articolo», è anche vero che i limiti numerici sono contemplati dal comma 8 dell'art. 18 con specifico riferimento alle disposizioni dei commi da 4 a 7, che dettano il regime del licenziamento disciplinare e per giustificato motivo.

ziamento senza forma scritta è tuttora consentito nei casi di licenziamento libero già previsti e cioè per i lavoratori in prova (art. 10 l. n. 604/1966), i lavoratori domestici (art. 4, co. 2, l. n. 108/1990), i lavoratori con diritto a pensione (art. 4, co. 2, l. n. 104/1990) (22).

Conviene precisare che, nel nuovo assetto normativo, le sopra richiamate fattispecie di licenziamento rimangono identiche nel loro contenuto e nella loro precedente configurazione, sicché in relazione a ciascuna di esse è doveroso continuare a fare riferimento agli approdi giurisprudenziali cui sono pervenuti i giudici della Cassazione. Al riguardo — senza essere esaustivi di tutto il panorama giurisprudenziale — sembra utile ad esempio segnalare con riguardo alla lavoratrice madre: che non è sufficiente, ai fini della declaratoria di legittimità del licenziamento, che la condotta addebitata sia inquadrata dalla contrattazione collettiva come giustificato motivo soggettivo, essendo necessario verificare in concreto se la condotta stessa si connoti per una differente e maggiore gravità rispetto a quella prevista dalla disciplina pattizia (23); che la deroga al divieto di licenziamento di cui all'art. 2, co. 2, lett. b, l. 30 dicembre 1971 n. 1204, perdurante dall'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino, non si applica alla cessione d'azienda, che non comporta la cessazione dell'attività dell'impresa, ma la prosecuzione del rapporto di lavoro con l'acquirente (24); che l'art. 14 del d.p.r. 25 novembre 1976 n. 1026 (regolamento di esecuzione della l. n. 1204 del 1971 sulla tutela delle lavoratrici madri), pur prescrivendo determinate formalità quanto alla redazione ed alla produzione del certificato di gravidanza, non collega alcuna sanzione all'inosservanza di tali requisiti formali, sicché la lavoratrice (illegittimamente licenziata)

(22) Cfr. al riguardo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro* cit., 53.

(23) Cfr. *ex plurimis* Cass. 29 settembre 2011, n. 19912, che evidenzia come la valutazione in concreto della prospettata colpa grave si risolva in un giudizio di fatto riservato al giudice di merito, come tale non sindacabile in sede di legittimità se sorretto da una motivazione logicamente congrua e giuridicamente immune da vizi; negli stessi sensi in precedenza Cass. 11 giugno 2003, n. 9405, *D&G*, 2003, 26, 19, nt. BELLOMO.

(24) In tal senso cfr. Cass. 22 giugno 2009, n. 1453, ed in termini analoghi Cass. 18 maggio 2005, n. 19391.

può allegare il predetto certificato al ricorso con il quale impugna il licenziamento (25).

Per quanto attiene ai licenziamenti discriminatori può ricordarsi: che non costituisce violazione del divieto di trattamenti discriminatori il licenziamento disciplinare per *culpa in vigilando* disposto dal datore di lavoro nei confronti del dirigente di un'associazione religiosa, che abbia incautamente autorizzato quest'ultima a sottoporre i dipendenti ad un test attitudinale invasivo nei riguardi della loro vita privata, non essendovi alla base del recesso l'orientamento etico religioso dell'associazione di appartenenza, bensì soltanto i riflessi negativi della vicenda sul contesto aziendale e sulla serenità dei dipendenti (26); che l'art. 3, l. n. 108 del 1990, deve intendersi applicabile in genere ai licenziamenti nulli per illiceità del motivo ed, in particolare, a quelli che siano originati in maniera esclusiva da ritorsioni o da rappresaglie (27); che l'espressione «attività sindacali» va intesa in senso ampio, comprensivo non solo dell'attività esercitata per conto di un sindacato da parte dei suoi esponenti, ma anche di quei comportamenti che, al di fuori di iniziative formalmente assunte in sede sindacale, siano comunque diretti a far valere posizioni e relative rivendicazioni dei lavoratori dipendenti, con il consenso espresso o tacito di questi ultimi e in contrapposizione col datore di lavoro (28); ed infine che

(25) Così Cass. 3 marzo 2008, n. 5749, e da ultimo con riferimento al rapporto di lavoro irregolare Cass. 20 luglio 2012, n. 12693, che ha riconosciuto alla lavoratrice in stato di gravidanza o puerperio, licenziata nonostante il divieto di legge, il diritto alle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto indipendentemente dall'invio della certificazione medica, ove il datore di lavoro abbia avuto comunque conoscenza dello stato di gravidanza. In dottrina, sulle specifiche problematiche della lavoratrice madre e neoconiugata M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, 336-344; G. VIDIRI, *La riscrittura del divieto di licenziamento della lavoratrice madre*, *MGL*, 2003, 322 ss.

(26) Così Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821, *ADL*, 2011, II, 399, nt. FERRUGIA, e in *LG*, 2011, 903, nt. DUL.

(27) Cfr. Cass. 1 dicembre 2010, n. 24347, *RCDL*, 2010, 1141, nt. BORDONE, ed in precedenza Cass. 20 novembre 2000, n. 14982.

(28) In tali termini, Cass. 25 luglio 1998, n. 7331, *GC*, 1998, I, 2751, nt. PERA, che precisa anche come il relativo accertamento sia rimesso al giudice di merito e sia insindacabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata motivazione. Evidenzia M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale* cit., 348, che l'espressione «partecipazione ad attività sindacale» di cui all'art. 15 St. lav. ha un significato ampio, nel quale rientrano non solo le attività svolte dai lavoratori

resta a carico del lavoratore provare l'intento discriminatorio o ritorsivo (29).

Malgrado l'introduzione di una procedura che risente di un eccessivo burocratismo, l'efficacia delle dimissioni e della risoluzione consensuale del rapporto dei lavoratori e delle lavoratrici (art. 4, co. 17-23, l. 92 del 2012) risulta sempre ancorata ai *dicta* giurisprudenziali secondo i quali, qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato verbalmente e faccia valere in giudizio la inefficacia del provvedimento espulsivo, mentre il datore di lavoro riconduce l'estinzione del rapporto alle dimissioni del lavoratore, il materiale probatorio deve essere raccolto, da parte del giudice di merito, tenendo conto che la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, laddove la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepiante ai sensi dell'art. 2697, co. 2, c.c. (30).

5. ... e la tutela reale. — È stato affermato in relazione alle modifiche all'originario art. 18 St. lav. — la cui rubrica definita gloriosa e monotematica di «reintegrazione nel posto di lavoro» è stata modificata in quella onnicomprensiva di «tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo» (31) — ed è opinione tuttora generalmente condivisa, anche con riferimento alla norma statutaria ora vigente, che nell'articolato sistema sanzionatorio l'indennità risarcitoria sembra rappresentare la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad entrare in funzione solo in via resi-

sindacalisti, esercitate per conto del sindacato, ma anche quei comportamenti che, a prescindere dall'impulso sindacale, sono comunque diretti — come già detto nel testo — a far valere posizioni e rivendicazioni dei dipendenti, con il consenso espresso o tacito di essi ed in contrapposizione con il datore di lavoro.

(29) Cfr. in tal senso *ex plurimis* Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, *OGI*, 2005, 541, e più di recente Cass. 5 agosto 2010, n. 18283.

(30) In questi precisi termini, Cass. 19 ottobre 2011, n. 21684 (ord.); Cass. 28 agosto 2007, n. 18087; Cass. 20 maggio 2005, n. 10651, *q. Riv.*, 2006, II, 454, nt. GIRARDI.

(31) In questi termini A. MARESCA, *Il nuovo regime* cit., 428-429, che evidenzia come tale modifica sia volta ad evidenziare la svolta caratterizzante del nuovo art. 18, che è quella delle differenziazioni del regime delle tutele nei licenziamenti illegittimi.

duale in quanto la suddetta norma attribuisce prevalenza alla prima sanzione rispetto alla seconda (32).

Si è altresì sostenuto che, nel ridisegnato quadro sanzionatorio, la reintegrazione ad effetti risarcitori pare destinata ad esercitare una significativa forza attrattiva — anche al di là di una generale preferenza per la tutela indennitaria che pure traspare nell'impianto del summenzionato art. 18 — destando perplessità non tanto «le non meglio precisate ipotesi di nullità del licenziamento previste dalla legge e neanche il riferimento al licenziamento nullo ai sensi dell'art. 1345 c.c., quanto piuttosto il fatto (voluto o non voluto?) che nella novella legislativa la sanzione della reintegrazione piena sia espressamente riferita al licenziamento connotato da «motivo illecito determinante» senza però alcun esplicito richiamo all'ulteriore requisito della «esclusività» del motivo illecito. Requisito pacificamente richiesto sino ad oggi dalla giurisprudenza proprio in applicazione dell'art. 1345 c.c. (33).

Di tutto ciò non ha tenuto alcun conto il recente legislatore. Muovendo da queste constatazioni non è azzardato prevedere che si pervenga nella realtà fattuale a prospettazioni del dato normativo volte, anche attraverso la giurisprudenza, a «creare nuove fattispecie di nullità del licenziamento» onde approdare ad un ampliamento della sfera applicativa della reintegrazione. Per di più sembra facile ritenere che la lettera della norma ora scrutinata — nella parte in cui, con espressione non certo ineccepibile sul versante formale, sanziona di nullità «il licenziamento determinato da un motivo illecito determinante» senza alcuna ulteriore specificazione — induce ad avvalorare una esegesi contrastante con la giurisprudenza consolidata fondata sul presupposto che il motivo illecito per causare la nullità del licenziamento *ex* art. 1345 c.c., deve essere, oltre che determinante, pure esclusivo. Ed invero una opzione ermeneutica contraria a quella sinora costantemente seguita in giurisprudenza può essere accreditata dal significato at-

(32) Così A. MARESCA, *Il nuovo regime* cit., 437, che ha anche aggiunto che una tale opinione si lascia preferire perché — almeno nei casi di giusta causa o giustificato motivo — la reintegrazione nel posto di lavoro risulta applicabile nelle sole ipotesi espressamente e tassativamente stabilite dal legislatore ed alle specifiche condizioni di volta in volta previste per dare ingresso a tale sanzione, mentre in tutti gli altri casi opera l'indennità risarcitoria nella misura piena.

(33) Cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo* cit., 615.

tribuibile al silenzio del legislatore, il quale non poteva non conoscere i *dicta* giurisprudenziali che, in quanto ripetuti e conformi, sono divenuti diritto vivente (34).

In sintesi, per le ragioni esposte si può giungere, come è stato perspicuamente osservato, ad un esponenziale ampliamento delle fattispecie di licenziamento assoggettate alla tutela reale in una materia che abbisognava di maggiori certezze in ragione dell'interesse non solo del datore di lavoro ma anche del lavoratore a programmare il rispettivo futuro (35). La qualcosa si traduce in una eterogenesi dei fini, in buona misura dovuta alla scelta — operata non di rado dal nostro legislatore, soprattutto nell'area giuslavoristica — di raffreddare l'accesa conflittualità tra opzioni ideologiche spesso inconciliabili mediante una voluta ambiguità del dato normativo finalizzata a devolvere alla magistratura e talvolta al sindacato scelte di politica socio-economica altrimenti destinate per la loro impopolarità ad essere pagate in termini di consenso.

L'attuale normativa fa sorgere dubbi anche in ordine alla indennità risarcitoria e alle ulteriori conseguenze derivanti dalla natura discriminatoria del licenziamento.

Dalla declaratoria di nullità scaturisce la condanna alla reintegra nel posto di lavoro nonché al risarcimento del danno commisurato «alla ultima retribuzione globale di fatto», maturata «dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione», dovendosi dedurre «quanto percepito nel periodo di estro-

(34) Tra le tante decisioni, cfr. Cass. 26 giugno 2009, n. 15093 cui *adde* Cass. 14 luglio 2005, n. 14815 cit. per la statuizione che il motivo illecito deve avere una efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo.

(35) Per confortare l'assunto secondo cui la forza attrattiva della reintegrazione possa moltiplicare i casi di licenziamenti nulli per motivo illecito — al fine di ribaltare un indirizzo giurisprudenziale granitico su cui sinora si è fatto pieno affidamento nella regolamentazione del rapporto lavorativo — è sufficiente rimarcare come il nuovo testo dell'art. 18 St. lav. possa indurre ad incentivare il contenzioso attraverso la rivendicazione della declaratoria della nullità del licenziamento anche nei casi in cui il licenziamento è determinato — al di là del motivo discriminatorio — in misura prevalente o paritaria da condotte suscettibili da sole di configurare una giusta causa o un giustificato motivo di recesso, che non hanno garantito al lavoratore la tutela reale (cfr. in argomento Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821, *ADL*, 2011, II, 399 nt. FERRUGGIA).

missione per lo svolgimento di altra attività lavorativa» e fermo restando che la misura del risarcimento non potrà comunque essere inferiore alle cinque mensilità (36).

Contrariamente alla precedente lettera dell'art. 18 è cambiato il parametro di riferimento per la quantificazione dell'indennità risarcitoria atteso che bisogna tener conto non più della «retribuzione globale di fatto» bensì «dell'ultima retribuzione globale di fatto». La *ratio* sottesa alla nuova disposizione sembra riconducibile all'esigenza di apprestare un criterio certo di determinazione del danno con conseguenziali effetti anche sulla riduzione del contenzioso. In quest'ottica riesce agevole sostenere che la «ultima retribuzione globale di fatto» si identifica con le voci retributive desumibili dall'ultima busta paga (37) con esclusione degli incrementi aggiuntivi che il lavoratore avrebbe potuto percepire successivamente al licenziamento e sino al momento della effettiva reintegra (premi di produzione, scatti di anzianità, ecc.) (38). Ma a ben vedere, sempre alla stregua dell'indicata *ratio*, dovrebbe escludersi qualsiasi rilevanza ai fini risarcitori di tutte quelle indennità che, ancorché non occasionali, vengono corrisposte con periodica frequenza e spesso anche con importi variabili (ad es. per lavoro straordinario, per lavoro notturno, ecc.); conclusione avvalorata da una evidente ed opportuna coerenza ordinamentale nella misura in cui il ripetuto uso dell'espressione «ultima retribuzione

(36) Per la statuizione che l'importo pari a cinque mensilità della retribuzione globale rappresenta una parte in ogni caso irriducibile della obbligazione risarcitoria, dovuta quindi anche ove la reintegra intervenga a meno di cinque mesi dal licenziamento invalido cfr. tra le tante Cass. 14 settembre 2009, n. 19770 e più di recente Cass. 27 gennaio 2011, n. 1950, secondo cui non è richiesta neanche una specifica domanda.

(37) Sottolinea che a tale conseguenza porta una interpretazione letterale della nuova norma statutaria M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo cit.*, 618, che però prevede che la giurisprudenza tenderà ad assestarsi sulla retribuzione globale di fatto mediamente percepita dal lavoratore nei mesi precedenti al licenziamento per valorizzare la media dei compensi variabili corrisposti al dipendente in ragione delle concrete modalità di svolgimento del lavoro.

(38) Sostanzialmente negli stessi sensi sul punto M. MARAZZA, *op. loc. ult. cit.*, che evidenzia invece come ai sensi del vecchio art. 18 il lavoratore avesse diritto ad un risarcimento del danno che avrebbe maturato eseguendo le prestazioni di lavoro, potendo pure rivendicare gli aggiornamenti retributivi per il periodo successivo al licenziamento. Nella giurisprudenza cfr.: Cass. 22 settembre 2011, n. 19285, che con riguardo all'indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo ha statuito che in essa vanno inclusi gli aggiornamenti delle retribuzioni

globale di fatto» — riscontrabile nel comma 3 nonché nei successivi commi 4, 5 e 6 dell'art. 18 — perseguirebbe l'obiettivo di fare cessare una perdurante incertezza nel computo delle suddette indennità anche per giungere in tempi brevi ad una non trascurabile riduzione del contenzioso in materia (39).

Dal risarcimento liquidato sulla scorta dell'accertata natura discriminatoria del licenziamento — la cui prova deve essere fornita dal lavoratore (40) — va detratto «quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività», fatto salvo il minimo risarcitorio di cinque mensilità. Nonostante che sia stata prospettata anche una diversa tesi (41) va condivisa l'opi-

(39) Per l'affermazione che nella indennità risarcitoria deve invece includersi non soltanto la retribuzione base, ma anche ogni compenso di carattere continuativo che si ricollegli alle particolari modalità della prestazione in atto al momento del licenziamento: Cass. 17 febbraio 2009, n. 3787, cui *adde* per lo stesso principio *ex plurimis* Cass. 28 agosto 2003, n. 12628, che — dopo avere ribadito l'inclusione di tutte le voci stipendiali corrisposte al lavoratore subordinato, anche in via non continuativa (purché non occasionale), in dipendenza del rapporto di lavoro ed in correlazione ai contenuti e alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa — evidenzia come non risulti rilevante neanche che tali voci siano qualificate come non retributive dal contratto o da una previsione di legge.

(40) In dottrina è stata di recente e per la prima volta rilevata — con riferimento al licenziamento discriminatorio — l'incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost. delle regole sino ad oggi applicate sulla ripartizione dell'onere della prova e si è patrocinata una interpretazione «adeguatrice» di dette regole alla luce del principio della «disponibilità» o «prossimità» della prova, ponendo l'onere probatorio a carico del datore di lavoro (così M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, versione provvisoria, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa 7-9 giugno 2012, dattiloscritto 23 ss.). Tesi questa che non è in alcun modo sostenibile, e viceversa presa in considerazione seppure con cautela da V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, q. Riv., 2012, I, 551-552 e nt. 94. In tal modo non si perviene ad una interpretazione «adeguatrice» della norma sull'onere della prova, ma ad una opzione «disapplicativa» della legge, e precisamente dell'art. 2697 c.c., derogabile solo con norme speciali e non certo in via giurisprudenziale.

(41) Ritiene, infatti, M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate* cit., 58, che la detraibilità di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione — formalizzata invece con riferimento alla pronunzia di annullamento del licenziamento disciplinare — non può essere adottata per sostenere che la stessa conclusione sia preclusa per il licenziamento nullo in quanto la deroga ai principi generali sul risarcimento del danno da inadempimento avrebbe richiesto una espressa previsione non potendo essere sorretta da una omissione ascrivibile ad una tecnica normativa non perfetta.

nione che la detrazione non investe l'*aliunde percipiendum* — cioè tutto quanto il lavoratore avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227, co. 2, c.c.) — perché quando il legislatore ha voluto riferirsi anche al percepibile l'ha detto espressamente (42).

Una soluzione del genere resta accreditata dal rilievo che al cospetto di un licenziamento «odioso» si è inteso garantire un congruo risarcimento (43), anche se non può escludersi che sia riconducibile alla *ratio* della disposizione l'ulteriore finalità di rendere — in virtù della gravità della condotta censurata — più celere ed agevole la quantificazione del danno e di tutelare maggiormente i destinatari di condotte discriminatorie che ricevono sovente minori offerte di lavoro in ragione di ingiusti pregiudizi.

Sul piano processuale nulla è poi mutato, dovendo la prova dell'*aliud perceptum* essere fornita dal datore di lavoro. Benché non si tratti di una eccezione in senso stretto, pare innegabile che detta prova debba essere fornita con la dovuta tempestività giacché — alla luce del principio della ragionevole durata del processo — il datore di lavoro, dopo avere preso cognizione delle somme percepite dal lavoratore, ha l'onere di allegare, sotto pena di decadenza, i fatti di cui sia venuto a conoscenza nel primo atto difensivo successivo a tale cognizione (44).

Va inoltre rimarcato come il licenziamento discriminatorio sia non di rado fonte di ulteriori danni, quali quelli di natura non patrimoniale (esistenziale, morale ecc.), che la giurisprudenza ha da ultimo mostrato — alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. — di voler risarcire integral-

(42) Per questa opinione cfr. per tutti A. VALLEBONA, *La riforma cit.*, 53-54; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, *ADL*, 2012, 556.

(43) Evidenza tale *ratio*, C. CESTER, *op. loc. ult. cit.*

(44) In giurisprudenza cfr. tra le tante Cass. 16 settembre 2002, n. 13643 e più di recente Cass. 20 giugno 2006, n. 14131, *q. Riv.*, 2007, II, 137, nt. AMENDOLA, ed ancora Cass. 21 aprile 2009, n. 9464, secondo cui l'*aliunde perceptum* non integra una eccezione in senso stretto riconoscendone la rilevanza ad opera del giudice anche in assenza di un'eccezione di parte, ovvero al cospetto di un'eccezione intempestiva, sempreché la rioccupazione del lavoratore costituisca allegazione in fatto ritualmente acquisita al processo. Da ultimo per un esauriente panorama dottrinario e giurisprudenziale sulla questione cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale cit.*, 93-102.

mente, se provati, in quanto lesivi di diritti inviolabili della persona, valorizzando criteri personali di liquidazione (45).

Al lavoratore licenziato la norma statutaria ha riconosciuto infine «la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, una indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione mensile» aggiungendo che «la richiesta della indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dell'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione» (art. 18, co. 3). Disposizione questa criticata in base alla considerazione che il lavoratore può trovarsi nella condizione di dovere optare per le quindici mensilità sostitutive della reintegrazione senza prima conoscere la motivazione della sentenza e senza poterne esaminare con piena cognizione la tenuta in sede di gravame, finendo così per lasciare al datore di lavoro la facoltà di accorciare i tempi necessari per una scelta spesso sofferta, e comunque non facile, tra la continuazione del rapporto di lavoro e la richiesta delle suddette mensilità che — diversamente da quanto ritenuto in passato da un consistente indirizzo giurisprudenziale — non gli assicura neppure la copertura della contribuzione previdenziale in relazione alle mensilità medesime (46).

6. *La (in)certezza del diritto ed il licenziamento disciplinare.* — Dubbi interpretativi nascono anche alla luce del 4 comma dell'art. 18 St. lav. che, avendo ad oggetto il licenziamento disciplinare, regola una «reintegrazione depotenziata», in quanto aggiunge una forma risarcitoria del danno che si caratterizza, da un

(45) Cfr. in giurisprudenza, di recente, in questo senso, Cass. 21 aprile 2011, n. 9238. In dottrina cfr. da ultimo G. VIDIRI, *La liquidazione del danno non patrimoniale: declino delle tabelle e necessaria personalizzazione del danno*, GC, 2011, II, 141 ss.

(46) Cfr. in tal senso, M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo cit.*, 619. In precedenza il rapporto di lavoro veniva in giurisprudenza considerato risolto solo con l'effettivo pagamento della indennità sostitutiva della integrazione per spettare al lavoratore il risarcimento del danno per il periodo corrente dall'esercizio dell'opzione sino alla corresponsione della suddetta indennità, cfr. *ex plurimis* Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, *q. Riv.*, 2004, II, 154, nt. AGOSTINI, *L'opzione e il successivo pagamento dell'indennità sostitutiva ex art. 18, quinto comma, L. n. 300/1970, quale «fattispecie bilaterale a formazione progressiva» di estinzione del vincolo obbligatorio*, cui *adde* Cass. 16 novembre 2009 n. 24199.

lato, per abolire la misura minima delle cinque mensilità, e, dall'altro, per prevedere una condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria il cui ammontare — commisurato «all'ultima» retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione — non può superare le dodici mensilità.

È stato affermato che, nonostante l'infelice dizione della norma, il risarcimento forfetizzato nel massimo vada a coprire solo il periodo precedente alla sentenza di primo grado e non invece quello successivo sino al concreto reinserimento del lavoratore (47). Una simile tesi, oltre a rispettare la *ratio* e la lettera dell'art. 18 — volte a delimitare con confini invalicabili l'area di operatività di ciascuna indennità risarcitoria — risponde ad evidenti ragioni di coerenza logico-sistematica, poiché in caso contrario si finirebbe per estendere, in violazione del generale criterio di proporzionalità delle sanzioni, le conseguenze del licenziamento discriminatorio a quelle dei licenziamenti contraddistinti da minore gravità (48). La differenza tra le due fattispecie di recesso datoriale si ridurrebbe alla mera detraibilità — su cui tra l'altro non si riscontrano opinioni concordi — dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*, rimanendo sempre salva, anche per il licenziamento disciplinare, la possibilità di provare da parte del lavoratore danni ulteriori, come il danno biologico ed i danni non

(47) Così A. MARESCA, *Il nuovo regime* cit., 430, che a sostegno della sua opinione osserva come la contraria tesi — secondo cui il tetto delle mensilità opera anche con riferimento al periodo successivo alla sentenza che ha disposto la reintegrazione nel posto di lavoro quando il datore di lavoro non riammette in servizio il dipendente — non tiene conto che la reintegrazione è un effetto derivante direttamente ed automaticamente dalla sentenza con la quale viene ripristinato il rapporto contrattuale tra datore e prestatore di lavoro (e con esso l'obbligo retributivo del datore di lavoro), sicché per la reintegrazione non occorre la volontà del datore di lavoro o la sua collaborazione, richiesta invece per la riammissione in «servizio attivo» del lavoratore che è cosa diversa dalla reintegrazione.

(48) Non prende posizione sulla problematica in esame ritenendola ancora aperta C. CESTER, *Il progetto di riforma* cit., 558-559, che però rileva come la previsione di una misura massima di risarcimento quantificata in dodici mensilità sia tale in molte situazioni da minimizzare il costo dell'atto illegittimo del datore di lavoro e da compromettere interessi anche vitali del lavoratore, e come nello stesso tempo la situazione del mercato ad alto tasso di disoccupazione possa privare, trascorsi i dodici mesi, di ogni sostentamento il lavoratore.

patrimoniali derivanti, ad esempio, da un licenziamento ingiurioso (49).

La reintegrazione depotenziata, ora descritta nelle sue componenti, opera nel caso di licenziamento disciplinare per giusta causa (causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto *ex art. 2119 c.c.*) o giustificato motivo soggettivo (notevole inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del prestatore di lavoro *ex art. 3 l. 15 luglio 1966 n. 604*), allorquando il giudice accerti la insussistenza del fatto contestato o laddove l'infrazione rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle clausole dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari. Dal disposto del comma 4 dell'art. 18, da leggersi in stretta connessione con quello del successivo comma 5, si evince come per la stessa tipologia di licenziamento possa applicarsi la tutela reale nei termini sopra indicati o la condanna — dopo la risoluzione del rapporto lavorativo con decorrenza dalla data del licenziamento — di «una indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità della ultima retribuzione globale di fatto», lasciando all'interprete il compito difficile — e non di rado condizionato da scelte ideologiche — di appurare il carattere residuale o meno della tutela reale.

Al fine di individuare la rispettivo area di incidenza si è cercato di fissare il confine tra le due diverse forme di tutela. Si è così sostenuto che la «insussistenza del fatto» — cui consegue la tutela reintegratoria — si concretizza in una accusa non vera in punto di fatto, mentre una condotta accertata, ma reputata di gravità insufficiente a fondare la sanzione espulsiva — e sintetizzabile con l'espressione «fatto insufficiente» — rientra nella ingiustificatezza non qualificata con tutela solo indennitaria. E si è poi aggiunto che la condizione alternativa per l'applicazione della tutela reale al licenziamento disciplinare è data dalla tipizzazione per contratto collettivo o per codice disciplinare dell'addebito contestato fra

(49) In questi termini M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate* cit., 59-60, che a conforto del riconoscimento di ulteriori danni al di là del limite delle dodici mensilità, rileva come la indennità in questione neppure venga definita «onnicomprensiva», a differenza di quella prevista nei successivi commi 5 e 6 dell'art. 18 St. lav..

quelli punibili con sanzioni conservative. Ed è stato opportunamente rimarcato che la tipizzazione della «insufficiente gravità» del fatto non autorizza interpretazioni estensive né tanto meno analogiche giacché la sicura conoscenza preventiva da parte del datore di lavoro delle condotte idonee a giustificare il licenziamento finirebbe per essere vanificata in caso di ampliamento esegetico delle fattispecie tipizzate (50).

Ed in una simile ottica si è anche detto che il comma 4 trova applicazione quando la procedura disciplinare «risulti imbastita sul nulla o su grossi equivoci» più o meno imputabili al datore di lavoro, ma in ogni caso non troppo difficilmente accertabili (51).

La lettera del testo normativo suggerisce ulteriori considerazioni che giustificano la severa critica, da muoversi sotto altri profili, sulla regolamentazione del licenziamento disciplinare.

Fermo restando che in materia disciplinare le esigenze di riforma generalmente riconosciute (anche in un documento programmatico dell'attuale governo) e condivise dall'Unione europea si identificavano con il bisogno di conferire maggiore certezza alle ragioni giustificative del licenziamento e maggiore prevedibilità agli esiti delle controversie, un attento giurista ha segnalato il tentativo di «imbrigliare» il giudice del lavoro imponendogli di «tener conto» delle ipotesi di giustificato licenziamento contemplate dal contratto collettivo (52).

Orbene, appare agevole immaginare che anche questa volta potrebbe verificarsi una eterogenesi dei fini in termini di certezza del diritto.

Come è stato già puntualmente rimarcato, risulta arduo individuare a che livello possa dirsi verificata l'insussistenza del fatto in quanto non sempre i fatti si prestano ad essere catalogati secondo la secca alternativa fra sussistenza ed insussistenza anche

(50) In questo senso cfr. A. VALLEBONA, *La riforma* cit., 57.

(51) Così C. CESTER, *Il progetto di riforma* cit., 570, che precisa anche come il co.4 dell'art. 18 St. lav. debba trovare applicazione in situazioni nelle quali il licenziamento disciplinare illegittimo abbia finito con il ledere l'onorabilità della persona del lavoratore, in linea con la convinzione che la reintegrazione debba essere riservata, come nel primo comma della norma statutaria «a garanzia dei diritti assoluti del lavoratore».

(52) Cfr. *amplius* sul punto S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto* cit., 535-536, che qualifica tale tentativo un «po' patetico» perché nessun giudice ha mai disatteso apertamente un dovere così ovvio.

perché i fatti contestati possono essere più di uno e nel qual caso non è per nulla chiaro «quando scatti il requisito della insussistenza se per il venir meno anche di uno solo di essi ovvero là dove manchi quello principale con tutte le difficoltà di individuare un valido criterio al riguardo» (53).

A livello più generale deve dirsi che il giudizio sul binomio sussistenza/insussistenza del fatto non va formulato unicamente in senso oggettivo, dal momento che la situazione esistente nella realtà fattuale può essere inesistente o anche indifferente per il diritto.

Notevoli riserve vanno pure mosse in relazione alla scelta del legislatore di valorizzare la sanzione conservativa come parametro di riferimento per riconoscere al lavoratore licenziato la reintegrazione nel posto di lavoro — e non la sola indennità risarcitoria — nel caso in cui l'infrazione commessa sia punibile esclusivamente con la sanzione conservativa.

Se l'obiettivo era quello di limitare la discrezionalità del giudice per il timore che potesse trasformarsi in arbitrio, la soluzione accolta, oltre a non garantire affatto l'esito sperato, si rileva criticabile per vari motivi.

È fin troppo noto che qualsiasi codice disciplinare, nel determinare e graduare le sanzioni — seppure con una estesa tipizzazione degli illeciti — non può mai individuare in maniera esaustiva tutte le molteplici e variegate condotte riscontrabili in concreto, sicché una pur nutrita previsione degli illeciti sovente viene seguita da una clausola di chiusura diretta a regolare le residuali e infinite fattispecie che si sottraggono a qualsiasi catalogazione (54). Ed è

(53) In tali precisi termini C. CESTER, *Il progetto di riforma* cit., 570, che aggiunge anche che in molti casi il fatto che viene contestato al lavoratore appare più o meno evanescente, e strettamente ancorato ad un profilo valutativo, come nell'ipotesi di scarso rendimento.

(54) Sul punto v. S. TRIFIRÓ-G. FAVALLI, *Flessibilità in uscita: i nuovi licenziamenti individuali e collettivi*, *GLav*, n. 3, luglio 2012, *I supplementi de Il Sole 24 Ore*, *Riforma del lavoro (legge 28 giugno 2012 n. 92)*, 45, che osservano tra l'altro che chi opera nel settore del diritto del lavoro sa bene che moltissimi contratti collettivi non prevedono una tipizzazione particolareggiata delle fattispecie punibili con l'una o l'altra sanzione, confortando anche l'opinione di quanti, praticando le aule di giustizia, hanno la possibilità di verificare la rarità di contratti collettivi che tipizzano la molteplicità delle fattispecie oggetto delle controversie.

altrettanto pacifico che spesso per identiche condotte vengono stabilite due sanzioni diverse (quali, ad esempio, sospensione e licenziamento), in ragione della gravità della condotta da sanzionare e da misurare alla stregua dell'elemento soggettivo che la sorregge e delle modalità con le quali si realizza. È prevedibile, quindi, che la finalità sottesa alla disposizione in esame, se non vanificata del tutto, venga quantomeno ridimensionata, attribuendosi il giudice ampi spazi di discrezionalità a fronte di specifiche clausole del contratto collettivo o del codice disciplinare.

Proprio in una materia che necessita di approdi legislativi affidabili per la sua indubbia rilevanza sociale, si finisce così per devolvere al giudice una difficile opera sistematica nei casi:

— in cui non trovi applicazione il contratto collettivo di categoria per mancata adesione del datore alle organizzazioni sindacali stipulanti;

— in cui si utilizzi per la normativa pattizia — in base al principio dell'autonomia negoziale delle parti sociali — un contratto diverso da quello della categoria concernente l'attività svolta nell'impresa, contratto che non sempre si dimostra idoneo a fotografare compiutamente la gravità dei fatti consumatisi nell'ambito aziendale (55);

— in cui la tipizzazione sia effettuata tramite accordi aziendali, stante l'assoluto silenzio (non si sa se voluto o meno) del legislatore dal quale era lecito attendersi una espressa, consapevole e coraggiosa presa di posizione in ordine ad una politica industriale volta — in linea con l'art. 8 della l. n. 148 del 2011 — al rafforzamento degli spazi operativi della contrattazione di prossimità soprattutto nelle materie — come quella in oggetto — che esigono,

(55) Per la statuizione che il comma 1 dell'art. 2070 c.c. non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione, cfr. Cass., S.U., 26 marzo 1997, n. 2665, *GC*, 1997, I, 1199, nt. PERA, che evidenzia come nell'ipotesi di un rapporto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può pretendere l'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma può solo richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex* art. 36 Cost., cui *adde ex plurimis* Cass. 23 giugno 2003, n. 9964, *NGL*, 2003, 678.

ai fini di una corretta gestione dei rapporti personali nella azienda, la conoscenza del contesto organizzativo in cui si lavora (56).

A prescindere da tutte le aree di grande difficoltà ermeneutica che l'intero art. 18 presenta, la disposizione del comma 5, che sembra acquisire nel suo tenore letterale una operatività residuale (il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta ...), nelle situazioni concrete potrà invece assumere un'ampia portata, dovendo il magistrato ricorrere al giudizio di proporzionalità *ex* art. 2106 c.c. — sempre che non sussista il giustificato motivo soggettivo o la giusta causa — non solo ove non sia prevista una ripartizione tra infrazioni in base alla loro possibile rilevanza disciplinare, ma anche qualora la medesima infrazione sia diversamente sanzionata ai sensi del codice disciplinare in virtù della sua maggiore o minore gravità (57).

In definitiva, l'esegesi del dato normativo incentrata su di un criterio logico-sistematico conduce al risultato di assegnare notevoli spazi decisorii al giudice che perciò si sottrae ai condizionamenti (diretti o indiretti) scaturenti dal libero esercizio dell'autonomia negoziale dei sindacati. In altre parole un approccio ermeneutico, che inquadri la disposizione da ultimo scrutinata nell'ambito dell'intero rinnovato quadro normativo sul licenziamento disciplinare, induce ad accreditare la tesi che demanda al giudice la scelta della sanzione da irrogare in ordine a tutte le ipotesi in cui i contratti collettivi (o i codici disciplinari) prevedano alternativamente la più afflittiva sospensione conservativa (la sospensione per lunga durata) o il licenziamento in virtù dell'elemento soggettivo che supporta la condotta addebitata e le specifiche modalità che la caratterizzano. In tali casi, all'esito della espletata istruttoria, il giudice non sarà tenuto ad imporre la reintegrazione, ma nell'ipotesi in cui reputi più adeguata — in ossequio al citato principio di proporzionalità — la sanzione della

(56) Per un esame dell'art. 8 della l. n. 148 del 2011 e più in generale, per considerazioni sui contratti aziendali e sulla contrattazione di doppio livello, cfr. G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, *q. Riv.*, 2012, I, 109 ss.

(57) Per tale assunto cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo cit.*, 625, che per fare un esempio di una condotta diversamente sanzionabile si richiama alla ipotesi di insubordinazione che può essere punita con il licenziamento se grave e con la sospensione se lieve.

sospensione in luogo del licenziamento inflitto, potrà condannare il datore di lavoro ad una indennità risarcitoria compresa tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; indennità da liquidarsi a seguito di un giudizio che, seppure equitativo, deve essere fondato su di una «specifica motivazione» e deve valorizzare — come si evince dal testo della norma — quale criterio prioritario l'anzianità lavorativa, pur dovendosi tener conto anche di tutti gli altri elementi espressamente indicati (numero dei dipendenti occupati, dimensione dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti), pena la ricorribilità in cassazione per violazione dell'art. 360, n. 3 c.p.c. (errata applicazione degli indicati elementi) o dell'art. 360, n. 5 (omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione).

7. *L'(in)certezza del diritto ed il licenziamento viziato proceduralmente.* — Con il novellato art. 18 St. lav. il legislatore ha inteso — per quanto attiene i licenziamenti affetti da vizi formali e procedurali rientranti nell'area di applicazione dei commi 4-7 — assimilare sul versante sanzionatorio diverse tipologie di licenziamento. Ed infatti la stessa sanzione di natura indennitaria da sei a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto è stata contemplata:

— per il licenziamento carente sotto il profilo della motivazione (ad es. per mancanza di specificità e di essenzialità) *ex* art. 2, co. 2, l. 1966 n. 604, come novellato dapprima con la l. n. 108 del 1990 e poi dall'art. 1, co. 37, della l. 92 del 2012;

— per il licenziamento viziato da omessa comunicazione dei motivi contestualmente al licenziamento cui in precedenza scaturiva, in ragione della sua inefficacia *ex* art. 2, co. 3, l. 1966 n. 604, una tutela reale (58);

(58) In questi sensi A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro* cit., 44, il quale aggiunge che la mancata previsione da parte del recente legislatore delle conseguenze scaturenti dal difetto di comunicazione dei motivi del licenziamento per i datori di lavoro estranei all'area di applicazione dell'art. 18 St. lav. può essere colmata, in mancanza di una doverosa correzione legislativa, con una interpretazione costituzionalmente orientata per evitare che, a causa di una evidente dimenticanza, possa pervenirsi alla tutela reale unicamente per le aziende minori o per le imprese di tendenza.

— per il licenziamento disciplinare intimato in violazione dell'art. 7 St. lav. (59);

— nel caso in cui non venga osservata la procedura preventiva introdotta con riguardo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo dall'art. 1, co. 40, della l. n. 92 del 2012 (che novella integralmente l'art. 7 della l. n. 604 del 1966), al rispetto della quale devono ritenersi assoggettati i datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8, della l. 20 maggio 1970 n. 300 (e successive modificazioni).

In proposito occorre precisare che, mentre i datori di lavoro minori non sono assoggettati al nuovo procedimento, per applicarsi ad essi il regime dell'art. 8 della l. n. 604 del 1966, tale procedimento viceversa si estende alle organizzazioni di tendenza, stante il significativo silenzio del legislatore sul punto — a fronte di una regolamentazione fin troppo minuziosa in tema di sanzioni scaturenti dalle diverse forme di licenziamento — ed ancora perché la procedura in esame, volta a limitare, attraverso la conciliazione, un contenzioso di difficile trattazione, va applicata per coerenza logico-sistematica anche alle controversie relative ai licenziamenti ingiustificati disposti dalle organizzazioni di tendenza, che si caratterizzano non di rado per la loro complessità e per il loro incerto esito (60).

Per di più, la constatazione che nella riscrittura dell'art. 18 St. lav. non si faccia alcun riferimento — diversamente da quanto disposto dal co. 1 dell'art. 4 della l. n. 108 del 1990 — ai «datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto», accredita ulteriormente su di un piano generale la

(59) Osserva ancora A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro* cit., 65, che per il difetto di procedimento disciplinare non si pone per i datori di lavoro estranei alla nuova normativa alcun problema, perché ad essi si applica la cd. sanzione d'area prevista per il licenziamento ingiustificato e, quindi, la tutela obbligatoria dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

(60) *Contra* invece A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro* cit., 62, che dopo avere rimarcato che il recente legislatore ha espressamente dichiarato inapplicabile la procedura preventiva al licenziamento ai datori di lavoro estranei al campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., ne fa conseguire per coerenza sistematica l'esclusione da tale procedura non solo dei datori di lavoro minori, ma anche delle organizzazioni di tendenza, anche esse sottoposte al medesimo regime (art. 2 e art. 4, co. 1, l. n. 108 del 1990).

tesi di una nuova e più efficace tutela del dipendente giustificata, per un verso, dalla natura delle finalità che perseguono le associazioni di tendenza — dalle quali è lecito attendersi un compiuto rispetto della «persona» del lavoratore e dei suoi diritti fondamentali, e per un altro dalla realtà fattuale che attesta come spesso non sia agevole la verifica in concreto delle modalità di svolgimento dell'attività da parte delle predette associazioni onde escluderne il carattere imprenditoriale in riferimento al tipo di organizzazione e alla economicità della gestione, anche a prescindere dall'esistenza di un fine di lucro (61).

La modestia del regime sanzionatorio riceve conferma dal rilievo che tale licenziamento viziato proceduralmente può sempre per lo stesso motivo essere ripetuto con il rispetto del procedimento in precedenza violato (62).

8. *L'(in)certeza del diritto ed il licenziamento per ragioni economiche ed organizzative.* — Una pluralità di problemi, anche stavolta di consistente difficoltà, fa sorgere l'analisi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e specificatamente quello adottato per motivi economici, regolato dal co. 7 dell'art. 18 St. lav.. Questa disposizione — trovando applicazione allorquando si rivelino carenti i motivi addotti a sostegno del provvedimento espulsivo — nella sua prima parte disciplina i licenziamenti, rientranti sempre nell'ampia area del giustificato motivo oggettivo, ma legati a ben precisate «situazioni» personali del lavoratore, cui consegue la tutela prevista dal comma 4 dell'art. 18 e cioè, la

(61) In giurisprudenza sulla difficoltà di accertamento del sovente labile confine tra organizzazione di tendenza e imprese operanti sulla base di principi di economicità di gestione cfr. *ex plurimis* Cass. 12 marzo 2012, n. 3868 cui *adde* Cass. 27 maggio 2011, n. 11777, *DRI*, 2012, 178, nt. MARZANO, e *GI*, 2012, 785, nt. FESSI. Per un esauriente esame delle diverse questioni concernenti le organizzazioni si veda cfr. da ultimo M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale* cit., 127 ss., per il quale l'esenzione dal campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., sancito dall'art. 4 della l. n. 108 del 1990, non è esclusa allorquando il datore di lavoro persegua finalità ideali, come accade quando l'attività rimanga circoscritta alla sfera interna all'organizzazione e sia, quindi, pienamente funzionale all'assistenza degli associati senza essere rivolta ai terzi estranei.

(62) Cfr. al riguardo A.VALLEBONA, *La riforma del lavoro* cit., 65-65, che mostra di apprezzare la nuova normativa perché, escludendo sempre la tutela reale per i vizi procedurali, finisce opportunamente per accorpate in un solo processo l'esame di tutti i possibili vizi dello stesso licenziamento.

reintegrazione nel posto di lavoro unitamente alla condanna del datore di lavoro ad una indennità risarcitoria che non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto (63).

Un più articolato esame richiede il giustificato motivo oggettivo nella classica e nota configurazione del licenziamento intimato per ragioni economiche ed organizzative.

In proposito si è affermato che l'accertamento della «manifesta» insussistenza del giustificato motivo oggettivo non è sufficiente ad accreditare la tutela reale, perché occorre una ulteriore valutazione del giudice; e dopo tale premessa si è poi precisato che una motivazione al riguardo è necessaria e non può essere tautologica nel senso che non può fondarsi sul carattere manifesto della ingiustificatezza, costituente il presupposto stesso del potere equitativo del magistrato, da esercitarsi sulla scorta di altre circostanze (64).

Preliminarmente va ribadito che, se si è inteso, con la riforma Fornero, limitare l'eccessiva discrezionalità del giudice onde evitare che si traduca in arbitrio, una simile finalità non è stata raggiunta, perché qui più che altrove risultava indispensabile, per la rilevanza degli interessi in gioco, un testo normativo chiaro ed esente da lacune e perciò capace di pervenire ad approdi giurisprudenziali affidabili.

Nella prospettiva di avallare i precedenti rilievi nonché le censure mosse da più parti soprattutto sul versante della certezza del diritto, appare opportuno un breve cenno ad alcune delle diverse interpretazioni date alla espressione «manifesta infondatezza del fatto», che non poteva non essere all'origine, per il suo

(63) Su tali licenziamenti nonché anche su quello intimato per violazione dell'art. 2110, co. 2, c.c. cfr. per tutti C. CESTER, *Il progetto di riforma* cit., 574 ss., nonché M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo* cit., 530, che ricorda come la sanzione della reintegrazione sia prevista ove il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento, e come invece debba trovare applicazione il regime sanzionatorio indennitario ridotto allorché si riscontrino vizi formali, relativi, ad esempio, alla completezza delle informazioni nell'ipotesi di licenziamento per superamento del comparto.

(64) Così testualmente A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro* cit., 59, che aggiunge come ci si debba in materia affidare ad un duplice concorrente vaglio giudiziario, da effettuarsi con lealtà e fedeltà alla *ratio* della riforma, che considera la tutela reale una *extrema ratio*.

carattere criptico, di dubbi e, conseguentemente, di molteplici opinioni.

Un indirizzo dottrinale ha riconosciuto la capacità di rendere evidente la natura eccezionale della reintegrazione nel caso di licenziamento economico, sul presupposto che l'aggettivo «manifesta», lungi dal rafforzare il sostantivo «insussistenza», concerne la percezione, e non la sussistenza dei fatti, che esistono o non esistono (65); in una differente prospettiva si è invece posto l'accento sul carattere ridondante ed enfatico del predetto aggettivo «che sembra aggiungere assai poco all'oggettivo riscontro della inesistenza del fatto proprio perché la materialità di tale constatazione non può arricchirsi dall'essere qualificata come «manifesta» (per la «contraddizione che nol consente»)» (66). Nella stessa direzione si muove chi, dopo aver ricordato che i criteri selettivi tra la sanzione reintegratoria e quella indennitaria non risultano in alcun modo puntualizzati o delimitati, ad onta delle più elementari esigenze di certezza, ritiene ancora più criticabile l'adozione di un criterio, quello della «manifesta insussistenza» della ragione oggettiva, che contraddice il comune rilievo secondo cui il motivo economico o esiste o non esiste, non essendo suscettibile di graduazione, diversamente dalla condotta umana, che può essere più o meno grave, sia sotto il profilo fattuale che psicologico (67). Infine, e ancora una volta in chiave critica si è detto che l'incertezza, e soprattutto l'imprevedibilità delle controversie sui licenziamenti non soltanto non sono ridotte, ma semmai aggravate dalla attribuzione ai giudice di un inedito e non gradito potere-dovere di scelta discrezionale, privo di qualunque parametro oggettivo per distinguere fra «infondatezza» e «manifesta infondatezza» (68).

(65) Per tale opinione vedi F. CARINCI, *Complimenti dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo di riforma del mercato del lavoro, CSDLE, Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, cui fa riferimento M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo cit.*, 625, nt. 22.

(66) Così A. MARESCA, *Il nuovo regime cit.*, 443.

(67) In questi esatti termini M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate cit.*, 61, che a titolo esemplificativo osserva che, disposta l'esternalizzazione del servizio di trasporto della merce prodotta, se il licenziamento viene intimato per soppressione del reparto che vi provvedeva, è decisivo accertare se la corrispondente attività sia effettivamente cessata. Se in giudizio emerge il contrario, anche parzialmente, il motivo economico invocato giuridicamente non esiste.

(68) Così S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto cit.*, 537, il quale osserva

Bisogna prendere atto che in materia di licenziamenti per ragioni economiche — nel contesto di una riforma che nel suo complesso manca di precisi riferimenti valoriali e che anche per l'urgenza che ne ha contraddistinto la nascita si caratterizza per un linguaggio abborracciato e non certo tacitiano — non sono facilmente decifrabili le finalità della recente novella né viene indicato con esattezza il percorso dell'*iter* motivazionale necessario per approdare ad una corretta decisione della lite.

Non può negarsi che tale percorso si rivela lungo, eccessivamente articolato ed irto di difficoltà interpretative, dovendosi dapprima collocare la fattispecie, identificabile con la contestazione dell'addebito, nell'area affollata dei diversi tipi (e sottotipi) di licenziamento, e successivamente valutare, all'esito dell'istruttoria, la «manifesta» infondatezza o meno delle ragioni poste a base del recesso. In una verifica del genere non è consentito soffermarsi soltanto sulla materialità del fatto, atteso che il principio di gradualità delle sanzioni impone di vagliare il comportamento del lavoratore incolpato tenendo altresì conto della componente soggettiva riscontrabile sempre nell'agire umano. Da qui il pericolo che in assenza di criteri legali, il potere discrezionale del giudice si trasformi nuovamente in arbitrio, soprattutto nei casi in cui la legittimità della condotta datoriale appare di difficile accertamento in fatto ed in diritto (si pensi ad es. alla prova del cd. *repêchage* nel licenziamento individuale per crisi aziendale) e quando si deve, all'esito della istruttoria, compiere una scelta tra due diversi tipi di sanzione (69).

anche che l'incertezza è accentuata dall'altra geniale idea di introdurre per tutti i licenziamenti — in vista della «velocizzazione» delle relative controversie — una procedura di accertamento sommario sul modello della repressione dell'attività sindacale con una scelta, che l'Autore ritiene oltre che inutile (per avere le cause di licenziamento già una corsia preferenziale), irrazionale (perché dette cause possono richiedere accertamenti complessi del tutto incompatibili con istruttorie sommarie), lesiva di esigenze elementari di contraddittorio e di difesa per il datore di lavoro, ed infine irrispettosa delle esigenze di studio della causa da parte del giudice e, pertanto, potenzialmente foriera per entrambe le parti di gravi ingiustizie.

(69) Con riferimento all'obbligo di *repêchage* è opportuno rimarcare come si riscontrino in giurisprudenza indirizzi non uniformi, di cui deve, pertanto, tenersi conto, anche ai fini della scelta della sanzione da applicare. In giurisprudenza cfr. da ultimo *ex plurimis* Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, secondo cui tale prova non deve intendersi in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che

Come è stato già ricordato, la mancata indicazione nella legge di qualsiasi parametro selettivo volto a differenziare «la infondatezza» dalla «manifesta infondatezza» della giustificazione del licenziamento genera l'incertezza e l'imprevedibilità dell'esito del giudizio. All'interno delle proposte avanzate per individuare nel licenziamento economico un praticabile criterio di scelta (tra la sanzione della reintegrazione e quella risarcitoria) può anche collocarsi quella secondo cui — dovendosi valutare la «manifesta infondatezza» del licenziamento ad istruttoria compiuta, e quindi alla fine della controversia — ben possono essere utilizzati i criteri che sovrintendono alla liquidazione dei danni *ex art. 96 c.p.c.* (malafede o colpa grave della parte soccombente ed «inesistenza del diritto» azionato in giudizio). Inoltre pare opportuno prendere in considerazione le circostanze che, nel procedimento preventivo al licenziamento (*ex art. 1, co. 40, della l. n. 92 del 2012*), emergano in relazione ai motivi del preannunziato recesso datoriale ed alle eventuali misure di assistenza alla ricollocazione, nonché il comportamento di ciascuna delle parti da valutarsi sia ai fini della misura della indennità «risarcitoria» per la ingiustificatezza non qualificata (*art. 18 St. lav., co. 7*) che del regime delle spese processuali (*70*).

9. *Conclusioni.* — È prevedibile che l'incertezza applicativa del nuovo regime sanzionatorio avrà delle ricadute negative nella

impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile «repechage», mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato. *Contra* invece Cass. 5 marzo 2010, n. 5403, che pone esclusivamente a carico del datore di lavoro l'onere di provare, con riguardo all'organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento, l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore a mansioni diverse da quelle precedentemente svolte. In dottrina più in generale per un ragionato *excursus* sui contrasti in tema di *repêchage* cfr. da ultimo G. VANACORE, *Licenziamento per crisi aziendale: la sezione lavoro ritorna sul c.d. repêchage*, *Obblig. Contr.*, 2012, 608 ss.

(70) Cfr. sul procedimento preventivo al licenziamento per tutti S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio* cit., 62-64, secondo cui se il legislatore non fosse impotente dovrebbe prevedere un procedimento di autorizzazione preventiva del licenziamento in sede paritetica aziendale, e dovrebbe anche stabilire che in caso di autorizzazione l'eventuale successivo accertamento giudiziale della illegittimità del licenziamento determina solo una tutela indennitaria, riservando la tutela reale ai licenziamenti non autorizzati, manifestamente ingiustificati.

gestione del contenzioso sui licenziamenti illegittimi rientranti nell'area di applicazione dell'art. 18 St. lav.

Prima della riforma — in presenza dei requisiti numerici richiesti dalla suddetta norma statutaria — dal licenziamento illegittimo scaturiva sempre una tutela reale. Viceversa ora il lavoratore licenziato — stante la molteplicità dei regimi sanzionatori — sarà sovente spinto:

- a proporre una domanda principale per vedersi riconosciuto il regime di tutela reale del licenziamento invalido o inefficace *ex art. 18, co. 1-3*;

- a formulare, in subordine, una richiesta di reintegra per la ingiustificatezza qualificata del licenziamento *ex art. 18, co. 4 e 7*;

- in via ancora più gradata a reclamare la tutela indennitaria per ingiustificatezza semplice *ex art. 18, co. 5 e 7*.

Per di più i molti dubbi che la lettura delle norme scrutinate fa sorgere ed il contestuale venir meno dei precedenti approdi giurisprudenziali — in ragione delle consistenti modifiche apportate alla disciplina sostanziale e formale dei licenziamenti — rendono concreto il pericolo che nell'area giuslavoristica il diritto divenga sempre più incerto, con la conseguenziale formazione di una «giurisprudenza anarchica» e comunque non al riparo da decisioni «a sorpresa», con ricadute negative sul piano degli investimenti e, conseguentemente, sulla produttività delle imprese e sull'occupazione.

Attualmente il diritto al lavoro non è come si vorrebbe far credere — evocando spesso con enfasi e con accenti retorici la Carta costituzionale — un diritto potestativo, ma purtroppo si configura come un diritto pesantemente condizionato dalle perduranti difficili condizioni socio-economiche del paese. La qual cosa porta a individuare nella certezza del diritto un valore che protegge oggi più di ieri il lavoratore che, nella generalità dei casi ha, per la situazione di debolezza economica in cui versa, la necessità di programmare il proprio futuro.

Un giurista del secolo scorso, che ha scritto forse le pagine più belle ed acute sulla certezza del diritto, ha affermato che «l'astrattezza, la rigidità e la fissità della norma, contro le quali da tanti archi vengono lanciati miriadi di strali, mirano soltanto semplicemente a questo, a garantire in modo certo ed inequivocabile l'azione, in modo che gli uomini possano contare su ciò che

verrà» (71). E dopo avere intravisto nell'oscurità della norma, nella sua lacunosità, nella sua mancanza di semplicità, nella sua instabilità, nella molteplicità delle disposizioni in cui essa può articolarsi, nella pluralità delle leggi, nella difficoltà e nella lunghezza dei giudizi le minacce «di fatto» alla certezza del diritto, ha poi sottolineato come i pericoli maggiori per tale certezza vengano da quelle correnti di pensiero che conferiscono al giudice il potere di fare opera di finalità politica o che, credendo nel diritto libero, negano le reali conquiste della legalità nella storia e finiscono per dissociare la società dallo Stato (72).

I rilievi innanzi sviluppati inducono a concludere che la legge in esame — per essere articolata in moltissime e spesso oscure disposizioni, in molti punti lacunosa, e per caratterizzarsi sul versante processuale da una normativa anche essa di difficile interpretazione — costituisce terreno privilegiato per la «creatività del giudice» e per letture ideologiche del dato normativo indirizzate a negare l'importanza della certezza del diritto. Tutto ciò — a fronte di un quadro normativo deludente rispetto alle legittime aspettative di una riforma che doveva essere strutturale e dai chiari contenuti valoriali — sollecita la riflessione, in qualche misura consolatoria, che è meglio avere leggi cattive e buoni giudici piuttosto che leggi buone e cattivi giudici, e che il male peggiore è vivere in un paese che ha cattive leggi e nello stesso tempo cattivi giudici.

LA RIFORMA FORNERO: LA (IN)CERTEZZA DEL DIRITTO E LE TUTELE DIFFERENZIALI DEL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO. — Riassunto. *L'autore, dopo avere esaminato la riscrittura, ad opera della legge 28 giugno 2012 n. 92, dell'art. 18 St. lav. in tema di licenziamenti illegittimi, giunge ad affermare che la recente normativa configura un «significativo» passaggio della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e, pertanto, foriero, di una «giurisprudenza anarchica». Rileva al riguardo l'autore che la suddetta opinione è corollario di una disciplina che con riferimento a ciascuna forma di licenziamento (discriminatorio, disciplinare, viziato proceduralmente, determinato da ragioni economiche e produttive) si concretizza in specifiche disposizioni che — per essere lacunose e di indecifrabile ambiguità per non disegnare con precisione l'area di applicabilità della tutela reale del lavoratore — possono costituire terreno*

(71) Cfr. F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, *Civiltà del diritto*, collana già diretta da F. CALASSO e curata da F. MERCADANTE, Giuffrè, 1968, vol. 19, 48, il quale aggiunge che «in questo il diritto mostra la sua natura schiettamente umana, legata al mondo degli uomini e solo ad esso: gli uomini hanno bisogno, per la loro azione presente, di potere contare sulla loro azione futura, sulla portata della propria azione futura, e dunque anche sull'azione degli altri uomini».

(72) Sul punto *amplius* F. LÓPEZ DE ONATE, *op. loc. cit.*, 81 ss.

privilegiato per la «creatività» del giudice e per letture ideologiche del dato normativo, che finendo per negare il significato contenutistico della certezza del diritto, determinano effetti pregiudizievoli per la intera collettività in ragione della disincentivazione degli investimenti di capitali e delle conseguenziali ricadute pure in termine di occupazione.

THE SO-CALLED «FORNERO» REFORM: THE (UN)CERTAINTY OF THE LAW AND DIVERSE REMEDIES AGAINST DISMISSAL AND REDUNDANCY. — Summary. *Following a thorough analysis of the redrafting of Section 18 of Workers' Statute by Law no. 92, 28 June 2012 the Author concludes that the dismissal law, as recently enacted, represents a «considerable» step in the swift and steady course towards legal uncertainty and, further on, towards «anarchic tendencies» in case law. Such an assumption, as the Author points out, is prompted by a legal framework the provisions of which with regard to different kinds of dismissal (discriminatory dismissal, dismissal on disciplinary grounds, formally flawed dismissal, dismissal for redundancy) being incomplete and indecipherably ambiguous by not specifying the scope of reinstatement for illegitimate individual dismissal, may give leeway to creative and ideologically oriented legal interpretation and, ultimately, undermine the certainty of the law, which could prove detrimental to the public interest by deterring capital investments and discouraging hiring.*