

ARTURO MARESCA

Ordinario di diritto del lavoro nella Università Sapienza di Roma

IL NUOVO REGIME SANZIONATORIO DEL
LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO: LE MODIFICHE
DELL'ART. 18 STATUTO DEI LAVORATORI (*)

SOMMARIO: 1. L'obiettivo delle modifiche all'art. 18: la redistribuzione ed il diverso bilanciamento della flessibilità in entrata ed in uscita. — 2. Gli interventi legislativi sull'art. 18: dalle modifiche occultate a quelle palesi. — 3. Tecniche di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato: dall'unicità alla diversificazione delle sanzioni. — 4. Licenziamento illegittimo ed abuso delle forme di lavoro flessibile: i nuovi equilibri dei rispettivi regimi sanzionatori. — 5. Il nuovo impianto dell'art. 18: la reintegrazione piena, quella "depotenziata", l'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura "piena" e "ridotta". — 6. I particolari problemi del licenziamento affetto da vizi procedurali: pluralità e concorso di sanzioni. — 7. Causali legittimanti il licenziamento e criteri di selezione della sanzione applicabile: le ragioni della differenziazione. — 8. La fase di accertamento dell'illegittimità del licenziamento e quella distinta dell'individuazione della sanzione: la duplice rilevanza del fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo. — 9. L'individuazione della sanzione applicabile al licenziamento ingiustificato: l'onere della prova. — 10. Le specifiche ipotesi nelle quali opera la reintegrazione nel posto di lavoro: l'insussistenza del fatto e la sua punibilità con una sanzione conservativa. — 11. Le conseguenze derivanti dallo sdoppiamento tra illegittimità del licenziamento e selezione della sanzione applicabile. — 12. La procedura preventiva al licenziamento per g.m.o.: opportunità e rischi di frode (la sopravvenuta malattia del lavoratore). — 13. Il licenziamento collettivo, le procedure sindacali di attivazione e l'effetto sanante dell'accordo concluso tra datore di lavoro ed OO.SS. — 14. La decorrenza della prescrizione e la stabilità del rapporto di lavoro nel nuovo art. 18. — 15. Il processo sul licenziamento illegittimo, accelerazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva: quale coerenza e quale *vulnus*?

(*) Il testo anticipa il tema di uno studio destinato al *Liber amicorum* Marcello PEDRAZZOLI, Franco Angeli.

1. *L'obiettivo delle modifiche all'art. 18: la redistribuzione ed il diverso bilanciamento della flessibilità in uscita.* — Una valutazione delle modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori contenute nel d.d.l. n. 3249 recante «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita» presentato al Senato il 5 aprile 2012 deve muovere dalle motivazioni che hanno spinto il legislatore ad intervenire sulle tutele applicabili nel caso di licenziamento illegittimo.

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

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

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

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

In altre parole si deve tentare di invertire la tendenza che il nostro legislatore persegue da almeno un decennio concentrando la flessibilità nella fase di acquisizione del lavoro (la cd. flessibilità in entrata) e moltiplicando le tipologie contrattuali che consentono

all'impresa di avvalersi di lavoro (subordinato e non) in via temporanea.

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

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

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

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

Da tutto ciò ne deriva, secondo quanto già accennato, che le scelte dell'impresa di investimento nel capitale umano si sono indirizzate (com'era del resto inevitabile) laddove sono state canalizzate dal legislatore e, quindi, dove è normativamente più age-

vole dotarsi di flessibilità: il lavoro (subordinato e non) temporaneo. Ciò a scapito di quello a tempo indeterminato penalizzato, invece, da una carente flessibilità non solo in uscita, ma anche nella fase di gestione, in particolare relativamente alle mansioni, alle retribuzioni ed ai tempi di lavoro.

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

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

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

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

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

Tutto ciò dovrebbe rendere convincente la proposta contenuta

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

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

Infatti il problema più acuto in materia di licenziamento è quello, già segnalato, dell'incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso del licenziamento sia disciplinare sia per g.m.o. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunziare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento e, quindi, sui costi che l'impresa deve affrontare nel caso in cui intende estinguere il rapporto di lavoro.

La discrezionalità del giudice è molto ampia e, spesso, impercettibile per quanto attiene al licenziamento sia disciplinare sia per motivi economici. Basta pensare alla valutazione della proporzionalità (evocata dall'art. 2106 c.c.) tra infrazione e sanzione disciplinare (conservativa o espulsiva) da applicare oppure alla prova (dilatabile a dismisura) che deve essere fornita dal datore di lavoro per dimostrare la sussistenza del g.m.o. di licenziamento nel caso di soppressione del posto di lavoro.

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

Di fronte a tali incertezze, la reazione delle imprese è quella di avvalersi di tutte le forme contrattuali temporanee (subordinate e

non) che consentono di evitare il rischio derivante dalla conclusione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

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

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

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

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

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

Quella ora indicata era una strada teoricamente percorribile, ma d'indubbia complessità e, quindi, difficilmente praticabile, come dimostrano le tormentate vicende che hanno portato alla redazione del testo dell'art. 18 contenuto nel d.d.l. (e quelle che caratterizzano ora l'*iter* parlamentare). I compromessi, le mediazioni sindacali, gli equilibri politici si sarebbero inevitabilmente

scaricati sulla formulazione del testo normativo con esiti nefasti, rendendo assai improbabile il successo dell'operazione finalizzata a costruire una causale del licenziamento o un diverso regime delle prove fondato sulle presunzioni capace di inquadrare la disciplina del licenziamento in un contesto normativo caratterizzato da maggiori certezze.

Motivi che hanno indotto il Governo a concentrare la sua attenzione sulla modifica, tecnicamente più semplice ed accessibile, del sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo (l'art. 18).

2. *Gli interventi legislativi sull'art. 18: dalle modifiche occultate a quelle palesi.* — Volgendo lo sguardo più direttamente alle modifiche dell'art. 18 contenute nel d.d.l. un primo punto da segnalare è quello della trasparenza (che, come si dirà, non coincide necessariamente con l'efficacia) dell'opzione di politica del diritto operata dal legislatore che ha deciso di intervenire sul sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo novellando la norma-simbolo dello Statuto dei Lavoratori.

Una trasparenza delle opzioni di politica del diritto quanto all'obiettivo dell'intervento modificativo, ma che, si deve aggiungere subito dopo, non sono, però, immuni, da compromessi che caratterizzano la formulazione della nuova versione dell'art. 18 contenuta nel d.d.l. Compromessi che consentono alla F.I.O.M. di Maurizio LANDINI di lamentarsi che la reintegrazione nel posto di lavoro non sarà che un "miraggio" ("ridimensionamento delle tutele"), alla C.G.I.L. di Susanna CAMUSSO di assumere una posizione di particolare prudenza per un intervento «conservativo» non gradito, ma che, comunque, ha come effetto la permanenza della reintegrazione nel posto di lavoro ("il male minore") ed alla C.O.N.F.I.N.D.U.S.T.R.I.A. di Emma MARCEGAGLIA di manifestare un dissenso per una soluzione ritenuta accettabile, ma non esente dal rischio di probabili incursioni giurisprudenziali mirate a vanificarne la portata innovativa ("soluzione, senza certezze").

Ciò nonostante si deve registrare un mutamento rispetto al passato, ricordando che il tema delle modifiche dell'art. 18 è stato oggetto di tentativi, di varia provenienza, abortiti sul nascere (quello del Governo D'ALEMA e del Governo BERLUSCONI) oppure realizzati in modo elusivo ed indiretto, mettendo in campo solu-

zioni “alternative” e, spesso, oscure con la finalità di attenuare il dissenso e le reazioni sindacali, ma generando nel contempo incertezze applicative che ne hanno comportato la sostanziale impraticabilità.

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

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

Nel primo caso il legislatore (con il cd. Collegato Lavoro, l. 4 novembre 2010, n. 183) aveva tentato di costruire un tortuoso percorso che, attraverso la clausola compromissoria e la possibilità degli arbitri di decidere secondo equità, avrebbe consentito di approdare ad un lodo che, a fronte dell’accertata illegittimità del licenziamento, non avrebbe dovuto necessariamente applicare l’art. 18. Ma questa soluzione, prima ancora della definitiva approvazione, veniva depotenziata dall’impegno delle parti sociali (sottoscritto in data 11 marzo 2010) di escludere l’utilizzazione della clausola compromissoria per le controversie aventi ad oggetto il licenziamento. Com’è noto, poi, la norma in materia di arbitrato, varata dal Parlamento, veniva censurata dal Presidente della Repubblica che, rinviando alle Camere il cd. Collegato Lavoro per una nuova approvazione, osservava come una modifica così rilevante qual è quella del regime del licenziamento avrebbe dovuto realizzarsi in modo chiaro ed esplicito, in quanto una siffatta modifica non poteva essere *nascosta* all’interno di una riforma di natura processuale, dovendo piuttosto essere contenuta in uno specifico, consapevole e meditato intervento di diritto sostanziale.

Nel secondo caso il legislatore con il c. 2-*bis*, del citato art. 8 ha

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

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

Quindi il legislatore ben può modificare il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo senza incorrere nella violazione della costituzione materiale che, invece, non consente allo stesso legislatore di ripristinare la libertà di licenziamento, prevista dall'art. 2118 c.c. fino alla l. 15 luglio 1966, n. 604, che ha vincolato il licenziamento alla sussistenza di una causale giustificatrice.

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

Rimedi che l'ordinamento organizza in varie forme e tecniche

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

La scelta del tipo di reazione esperibile a tutela delle situazioni soggettive che sono state lese rientra nella discrezionalità politica del legislatore che viene esercitata attraverso una ponderazione comparativa dei valori e degli interessi contrapposti.

Tale ponderazione non è immutabile nel tempo per effetto di una sorta di cristallizzazione che costituzionalizzerebbe gli equilibri raggiunti rendendoli irreversibili, ma è invece soggetta ad una variabilità derivante da un apprezzamento del legislatore delle mutate condizioni sociali ed economiche che si registrano nel nostro Paese e nell'Unione Europea. Si tratta, dunque, di scelte politiche che, nel caso in esame del licenziamento illegittimo, consentono al legislatore di sostituire ad un rimedio (quello affidato alla reintegrazione) un altro di diversa consistenza (quello realizzato attraverso l'attribuzione dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva), mentre non sarebbe possibile per le ragioni accennate eliminare ogni tipo di reazione o stabilirne una che sia meramente simbolica o del tutto inefficiente rispetto alla protezione, impegnativa sul piano costituzionale, della posizione del lavoratore illegittimamente licenziato.

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

L'applicazione ultra quarantennale dell'art. 18 ha creato e, poi, consolidato la convinzione — culturale più che tecnico-giuridica — che la reintegrazione fosse l'unico rimedio esperibile nei confronti del licenziamento illegittimo, senza alcuna possibilità di alternativa. Una convinzione tanto radicata da far addirittura

coincidere e confondere, secondo un diffuso luogo comune, la durata a tempo indeterminato del rapporto di lavoro con le garanzie reali applicabili nel caso del licenziamento illegittimo. Con la conseguenza che l'inoperatività di esse impedirebbe sostanzialmente — almeno nell'accezione comune e diffusa cui si accennava — di configurare un «vero» rapporto a tempo indeterminato stante la mancanza della tutela dell'art. 18.

La fallacia di questa impostazione si materializza con tutta evidenza al cospetto della tutela obbligatoria del lavoratore illegittimamente licenziato applicabile nella maggior parte dei Paesi dell'Unione Europea ed anche in Italia nelle imprese che occupano fino a 15 dipendenti (più volte considerata legittima dalla Corte costituzionale); una realtà che riguarda nel nostro Paese poco meno della metà dei lavoratori dipendenti.

Probabilmente questo sentire comune è influenzato dal rilievo egemonizzante che assume la perdita del lavoro subita dal dipendente ingiustamente licenziato, una perdita cui si reputa possibile porre rimedio “solo” con la restituzione del posto di lavoro precedentemente occupato.

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

Questi esempi sembrano sufficienti ad evidenziare un profilo di indubbio rilievo che riguarda il disvalore attribuibile in misura assai diversa ai comportamenti del datore di lavoro — tra loro anche molto variegati — che violano le norme (sostanziali o procedurali) poste a tutela del licenziamento. Un disvalore che ben può incidere sul tipo di sanzione applicabile, con l'effetto di modulare la reazione del legislatore, secondo un indirizzo metodologico

saldamente ancorato ai principi generali dell'ordinamento giuridico.

Peraltro le differenze comportamentali ora evidenziate — e la rilevanza che ne può coerentemente conseguire sul piano sanzionatorio — non sono frutto di personali valutazioni di tipo etico o sociologico, ma si connettono alla scala di valori adottata inizialmente dal legislatore del 1966 che distingueva e differenziava espressamente nella l. n. 604 la nullità del licenziamento discriminatorio (art. 4) dall'inefficacia di quello privo di forma (art. 2, c. 3), dall'annullabilità derivante dalla carenza di giusta causa o giustificato motivo.

Differenziazioni queste che, peraltro, vengono ribadite puntualmente anche nell'art. 18, c. 1, oggi vigente senza, però, alcuna consequenzialità relativamente al regime sanzionatorio applicabile.

Infatti questo regime si caratterizza proprio per il disconoscimento di qualsiasi modulazione della sanzione con riferimento alla posizione sia del datore di lavoro sia del dipendente. Quindi l'impresa di 16 dipendenti subisce la stessa sanzione di quella che occupa migliaia di lavoratori in unità produttive sparse su tutto il territorio nazionale (ed anche oltre); così come l'appiattimento della sanzione non consente di distinguere tra il lavoratore licenziato dopo pochi mesi dall'assunzione e quello con un'anzianità di servizio di diversi lustri. Si tratta di un'opzione di politica legislativa sicuramente legittima sul piano costituzionale, ma non per questo immune da critiche sul piano dell'opportunità e dell'efficienza e, comunque, con altrettanta sicurezza si può affermare che questa opzione non è l'unica possibile all'interno dell'ordinamento giuridico del lavoro subordinato.

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

Una posizione successivamente fatta propria anche dal CNEL,

con l'approvazione delle tre maggiori Confederazioni sindacali, nelle «Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro» formulate dall'Assemblea il 4 giugno 1985 che suggeriva «l'obbligo incondizionato di reintegrazione nel posto di lavoro dovrebbe essere limitato ai casi di licenziamento radicalmente nullo per vizi di forma (per esempio, licenziamento per motivi disciplinari intimato senza l'osservanza delle garanzie di pubblicità e procedurali previste dai primi tre commi dell'art. 7 della l. n. 300/1970; licenziamento orale) oppure per illiceità del motivo (licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 4 della l. n. 604/1966 e dell'art. 15 della l. n. 300/1970; licenziamento per causa di matrimonio, vietato dalla l. n. 7/1963; licenziamento per ritorsione, per es. nel caso deciso da Cass. n. 3930/1979 e n. 4241/1981). In tutti questi casi l'ordine di reintegrazione nel posto dovrebbe essere assistito non solo dalla sanzione contrattuale di cui al c. 2° dell'art. 18 della l. 300/1970 (obbligo di corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza fino a quella della reintegrazione), ma anche dalla sanzione extracontrattuale (sanzione pecuniaria civile) prevista dall'ultimo comma del medesimo articolo (obbligo di versamento all'INPS di una somma di pari ammontare). (...) Negli altri casi l'accertamento della mancanza di giustificato motivo o di giusta causa non dovrebbe comportare l'ordine di reintegrazione, bensì un dispositivo di condanna alternativa, del tipo previsto dall'art. 8 della l. 604, che lasci al datore di lavoro la scelta tra la riassunzione del lavoratore entro un termine molto breve oppure il pagamento di una penale a titolo di risarcimento del danno in via presuntiva e forfettaria, fissata dal giudice entro un minimo e un massimo, tenendo conto anche dell'anzianità del lavoratore. Il minimo e il massimo dovrebbero però essere fissati in misura consistentemente più elevata di quella prevista dall'articolo 8, tale da sanzionare adeguatamente, con sufficiente forza dissuasiva, il principio che il licenziamento è un mezzo di tutela dell'interesse dell'impresa da usare come *extrema ratio*, quando non è disponibile un altro rimedio compatibile con la continuazione del rapporto».

4. *Licenziamento illegittimo ed abuso delle forme di lavoro flessibile: i nuovi equilibri dei rispettivi regimi sanzionatori.* — Alle considerazioni fin qui accennate si deve aggiungere, in una pro-

spettiva ulteriore e diversa, un rilievo riguardante il regime sanzionatorio dei vari rapporti di lavoro flessibili e la valutazione comparativa della sua funzionalità rispetto alle modifiche dell'art. 18 proposte dal d.d.l.

Il tema riveste implicazioni teoriche ed applicative di non poco momento, ma in questa sede è sufficiente osservare che l'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro ne comporta la conversione (o meglio la ricostituzione, secondo la correzione puntualmente operata dell'art. 3, c. 5 del d.d.l.) a tempo indeterminato oltre al risarcimento del danno ragguagliato, nella misura massima, a 12 mensilità (art. 32, c. 5, l. 183/2010) e, del resto, un regime sanzionatorio analogo opera anche per le irregolarità della somministrazione di lavoro e dell'appalto ed anche nel caso di utilizzazione impropria delle collaborazioni a progetto, del lavoro autonomo e del lavoro associato (per di più con le presunzioni stabilite negli artt. 8, 9 e 10 del d.d.l.).

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

La complessiva riarticolazione del regime sanzionatorio del licenziamento e dell'abuso delle forme di lavoro flessibili potrebbe inizialmente sorprendere per i disequilibri che vengono a determinarsi nell'ordinamento giuridico del lavoro subordinato, ma probabilmente si tratta di un nuovo equilibrio come potrà dimostrarlo il necessario approfondimento di questi aspetti — che in questa sede non è possibile sviluppare e che dovrà muovere da una considerazione di sistema relativa all'accentuato disvalore per l'abuso delle forme di lavoro atipiche.

5. *Il nuovo impianto dell'art. 18: la reintegrazione piena, quella "depotenziata", l'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura "piena" e "ridotta".* — Muovendo da queste premesse si può passare ad un primo esame delle modifiche all'art. 18 e delle conseguenze che ne derivano sul piano applicativo.

In particolare si deve evidenziare la scelta caratterizzante del nuovo art. 18 che è quella, più sopra già segnalata, della differen-

ziazione delle tutele applicabili nel caso del licenziamento illegittimo, con la necessità avvertita dal legislatore di modificare anche la rubrica dell'art. 18 che non sarà più quella gloriosa e monotematica di «reintegrazione nel posto di lavoro», ma quella onnicomprensiva e plurale di «tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo».

Una prima ricognizione del dato normativo consente di enucleare all'interno del nuovo art. 18 quattro diversi regimi sanzionatori che possono essere identificati ed elencati nei seguenti modi, in relazione all'intensità della sanzione.

A) La reintegrazione “piena” prevista dall'art. 18, c. 1-3.

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

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

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

B) La reintegrazione “depotenziata” regolata dall'art. 18 c. 4.

In questo caso alla reintegrazione nel posto di lavoro viene ad aggiungersi: *a)* il risarcimento del danno in misura pari alle retribuzioni maturate dal licenziamento all'effettiva reintegrazione, ma

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

Con riferimento all'"indennità risarcitoria" nel c. 4 dell'art. 18 si precisa che essa è «commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione» con l'aggiunta che «in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità». Una lettura superficiale potrebbe indurre a ritenere che il tetto delle dodici mensilità operi 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; infatti non si realizzerebbe, in questo caso, l'"effettiva reintegrazione" che il legislatore individua come termine finale del periodo coperto dall'indennità risarcitoria. Tale interpretazione non tiene, però, conto che la reintegrazione nel posto di lavoro 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. Quindi perché si realizzi la reintegrazione non occorre la volontà del datore di lavoro o la sua cooperazione che, invece, sono necessari per la riammissione in "servizio attivo" del lavoratore che è cosa diversa dalla reintegrazione. Il tetto massimo delle dodici mensilità di indennità risarcitoria copre, quindi, il periodo che va dal licenziamento e si conclude con la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro.

La reintegrazione "depotenziata" opera nel caso di illegittimità del licenziamento disciplinare per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ma soltanto se ricorre una delle due ipotesi tassativamente identificate nello stesso c. 4 dell'art. 18: *a*) «insussistenza del fatto contestato»; *b*) «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni

della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

La stessa tutela si applica anche al licenziamento: a) per g.m.o. ove, alternativamente, (a1) il lavoratore dimostri che tale licenziamento è stato determinato esclusivamente da ragioni disciplinari (a2) il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (art. 18, c. 7); b) per inidoneità fisica o psichica del lavoratore (artt. 4, c. 4 e 10, c. 3, l. 12 marzo 1999, n. 68, espressamente richiamati dal legislatore, ma anche nei casi di inidoneità di cui all'art. 42, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81); c) intimato in violazione dell'articolo 2110, c. 2, c.c.; d) dichiarato illegittimo per vizi procedurali se, su domanda del lavoratore, si accerta il difetto di giustificazione (art. 18, c. 6); e) collettivo per riduzione di personale nel caso di violazione dei criteri di scelta (art. 15, d.d.l. c. 3).

C) L'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella «misura piena» disciplinata dall'art. 18, c. 5.

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

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

È importante, inoltre, evidenziare che in questo caso il giudice con la sentenza che accerta l'illegittimità del licenziamento «di-

chiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento». Data che, quindi, identifica il momento in cui si estingue il rapporto di lavoro anche nel caso di accertata illegittimità del licenziamento.

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

La natura di tale indennità meriterebbe uno specifico approfondimento; in questa sede è sufficiente rilevare che essa non ha soltanto una funzione risarcitoria, ma anche e, prevalentemente, sanzionatoria. Infatti il diritto al risarcimento presuppone l'effettiva esistenza del danno che nel caso di specie potrebbe essere anche inesistente o di gran lunga inferiore alla misura minima delle 12 mensilità. Si pensi al dipendente ingiustamente licenziato che ha trovato subito un nuovo posto di lavoro per di più con una migliore retribuzione e che avrà comunque diritto all'indennità. Peraltro — ed in termini convergenti con quanto appena detto — si deve evidenziare che la graduazione della misura dell'indennità da liquidare deve seguire i criteri dettati dal legislatore che non replicano quelli utilizzati per la quantificazione del danno civilistico.

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

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

In questo caso la quantificazione dell'indennità risarcitoria — che ha sempre carattere onnicomprensivo — è stabilita (con obbligo di specifica motivazione) dal giudice tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità, tenendo conto: *a*) non solo dei

criteri indicati dall'art. 18 c. 5; *b*) ma anche della gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro.

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

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

6. *I particolari problemi del licenziamento affetto da vizi procedurali: pluralità e concorso di sanzioni.* — Non sono pochi i problemi che riguardano l'ambito di applicazione del c. 6 dell'art. 18 come subito ci si avvede pensando, specialmente, al contenzioso in materia di licenziamento disciplinare.

Per fare due soli esempi si possono richiamare il caso della carenza di immediatezza o tempestiva della contestazione disciplinare e quello della genericità della contestazione disciplinare.

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

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

Semmai un problema più complesso relativo all'applicazione

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

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

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

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

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

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

A ben vedere non si tratta di accertare soltanto il «difetto di

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

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

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

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

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

7. Causali legittimanti il licenziamento e criteri di selezione della sanzione applicabile: le ragioni della differenziazione. — Dalla ricognizione effettuata emerge che la reintegrazione nel posto di lavoro costituisce la sanzione applicabile in via esclusiva e generale solo per il licenziamento nullo.

Invece in tutti gli altri casi di illegittimità del licenziamento — ovviamente quelli adottati dalle imprese con più di 15 dipendenti, per gli altri, infatti, continua ad operare l’art. 8, l. 604/1966 — sono previste, in via alternativa, una pluralità di sanzioni: la reintegrazione “depotenziata”, l’indennità risarcitoria nella “misura piena” e nella “misura ridotta”.

Si tratta, quindi, di prendere atto della distinzione concettuale che nel nuovo art. 18 separa il profilo relativo all’illegittimità del licenziamento da quello concernente l’individuazione della sanzione applicabile.

Una prospettiva inusuale, poiché fino ad oggi si registra una perfetta coincidenza dei criteri in base ai quali si verifica l'illegittimità del licenziamento e si individua la sanzione, in quanto quest'ultima opera automaticamente, cioè senza la necessità di alcuna specifica ed ulteriore indagine, essendo identiche le condizioni che legittimano il licenziamento e quelle che rendono applicabile la sanzione della reintegrazione.

L'innovativa — e per quanto mi riguarda condivisibile — impostazione fatta propria dal nuovo art. 18 trova la sua ragion d'essere nelle già ricordate incertezze interpretative che caratterizzano l'accertamento della legittimità del licenziamento affidato alla creatività della giurisprudenza chiamata ad identificare la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento.

La soluzione contenuta nel nuovo art. 18, come già si è rilevato, non è quella di comprimere la vivacità creativa della giurisprudenza imponendo ad essa una fattispecie di giusta causa o di giustificato motivo più stringente e neppure quella di intervenire sulla prova di tali causali utilizzando la tecnica delle presunzioni e, quindi, vincolando il giudice a ritenere acclarate le stesse causali nel momento in cui fossero stati accertati alcuni soltanto degli elementi di esse (ad esempio per il g.m.o.: la mancata assunzione di dipendenti con mansioni equivalenti a quelle del lavoratore licenziato), bensì quella di modulare la sanzione applicabile.

Una sanzione “forte” (quella della reintegrazione) più rigorosa ed incisiva se il fatto che ha determinato il licenziamento non sussiste, cioè quando la verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c'è o non c'è); mentre la sanzione è “ridotta” (l'indennità risarcitoria) allorché il giudice dovrà valutare se quel fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento.

Quindi l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo operano in una duplice prospettiva: sia in presa diretta per quanto attiene la legittimità del licenziamento sia con riferimento alla selezione della sanzione applicabile.

Tale constatazione impone di rispondere ad una domanda preliminare finalizzata a stabilire quale sia il rapporto tra le diverse sanzioni secondo quanto è possibile desumere dal complesso ed articolato regime previsto dal nuovo art. 18 ed in particolare quale

tra tali sanzioni previste operi “di regola” e quale, invece, sia applicabile in via residuale (se non proprio di eccezione).

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

Tale conclusione si lascia preferire poiché, almeno nei casi di carenza di giusta causa 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 opererà l’indennità risarcitoria nella misura piena.

Infatti a fronte di un licenziamento illegittimo per difetto di giusta causa o giustificato motivo, la reintegrazione può essere invocata solo in tre ipotesi individuate dal nuovo art. 18 sulla base di specifiche caratteristiche. Per il licenziamento disciplinare in caso di: *a*) «insussistenza del fatto contestato»; *b*) o se «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» e, nel licenziamento per g.m.o., *3*) allorché sia manifesta l’insussistenza del fatto posto a base di tale licenziamento.

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

In altre parole, nei casi in esame il datore di lavoro per licenziare il dipendente ha preso a pretesto un suo comportamento (licenziamento disciplinare) o una situazione riferibile all’organiz-

zazione aziendale (licenziamento per g.m.o.) che, però, risultano privi di oggettivo riscontro nella realtà concreta.

Una domanda retorica può essere formulata nel tentativo di chiarire le finalità del nuovo regime sanzionatorio: quale datore di lavoro licenzerebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo l'applicazione della sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe — sul piano dell'opportunità — la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?

Alla stregua della ricostruzione appena accennata, si può dire che il nuovo art. 18 ha inteso, da una parte, rafforzare il concetto originario della l. 604/1966 di vincolare il licenziamento ad un fatto materiale ben preciso che ne costituisce la causale legittimante, ma, per altro verso, ha voluto modulare il regime sanzionatorio (degradato da reintegrazione ad indennità risarcitoria) tenendo conto proprio di come tale fatto, una volta che sia stato riscontrato nella sua materialità, diviene oggetto di valutazioni discrezionali per quanto attiene l'ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento.

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

8. *La fase di accertamento dell'illegittimità del licenziamento e quella distinta dell'individuazione della sanzione: la duplice rilevanza del fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo.* — Le distinzioni cui si è accennato meritano un particolare approfondimento per le difficoltà concettuali che sollevano e le notevoli implicazioni che ne derivano.

Il punto di partenza è lo sdoppiamento, sul piano funzionale (non su quello applicativo), del percorso mirato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento da quello che conduce a selezionare la sanzione.

Nel primo caso il giudice dovrà stabilire se il fatto (il comportamento del dipendente o la ragione aziendale) integra o meno la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo o oggettivo. In tale

direzione procederà con le modalità fin qui praticate dalla giurisprudenza, anche perché le causali che legittimano il licenziamento non hanno subito alcuna variazione, quindi al riguardo non si registrano novità di rilievo.

Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà, poi, individuare la sanzione da applicare nel caso concreto utilizzando i criteri selettivi stabili nel nuovo art. 18.

Quindi non si tratta di scegliere la sanzione in base ad una discrezionale valutazione affidata al giudice (come avviene nell'ordinamento tedesco), ma, appunto, di verificare la sussistenza dei presupposti legali che rendono applicabile, in luogo dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva, la reintegrazione.

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

Da parte di chi coltiva un radicato scetticismo sulle potenzialità innovative del nuovo art. 18 si è formulata — con toni beffardi, ma che colgono molto bene il cuore e l'essenza della questione — una domanda: quali valutazioni residuano per quanto attiene l'individuazione della sanzione applicabile che non siano già assorbite ed incorporate nella verifica riguardante la legittimità del licenziamento?

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

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

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

Infatti l'indagine sull'esistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento viene condotta senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base all'elementare distinzione tra l'essere ed il non essere.

Mentre la qualificazione del fatto quale giusta causa o giustificato motivo implica nel caso del licenziamento disciplinare un apprezzamento (pressoché "libero") della gravità dell'infrazione per valutarne la proporzionalità rispetto alla sanzione (conservativa o espulsiva) applicabile (art. 2106 c.c.) e nel licenziamento per g.m.o. la prova del cd. *repechage* che costituisce una vera e propria incognita (cfr., tra le altre, Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, per la quale l'illegittimità del licenziamento per soppressione del posto di lavoro discende dalla mancanza di prova della non ricollocabilità del lavoratore in altri rami dell'azienda, ivi comprese le eventuali sedi estere).

Volendo condensare le osservazioni svolte in un solo punto nel tentativo di indentificarne chiaramente le principali implicazioni, si può dire che, una volta associata la sussistenza del fatto e (nel solo caso di licenziamento disciplinare) l'assenza di una sua univoca tipizzazione ai fini dell'applicazione di una sanzione conservativa, ciò è sufficiente ad escludere subito l'applicazione della reintegrazione anche se l'indagine del giudice proseguirà per riscontrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo e, in questa ipotesi, per condannare il datore di lavoro all'«indennità risarcitoria onnicomprensiva» nella misura da determinare secondi i parametri indicati nell'art. 18.

E lo stesso concetto si può ripetere in una prospettiva capovolta: nel caso in cui è stata accertata l'inesistenza del «fatto posto a base del licenziamento» (è la formula utilizzata dall'art. 18 c. 7), ciò implica non solo l'illegittimità del licenziamento, ma anche la reintegrazione del lavoratore, senza ulteriori necessità, in questo solo caso, di selezione della sanzione applicabile.

9. *L'individuazione della sanzione applicabile al licenziamento ingiustificato: l'onere della prova.* — La particolare ed inusuale modalità del nuovo meccanismo a “doppia fase” che guida il giudice nella decisione da assumere con riferimento all’illegittimità del licenziamento e, poi, all’individuazione e selezione della sanzione applicabile potrà creare nelle prime esperienze applicative qualche difficoltà dovuta alla ben nota vischiosità dei concetti che affligge chiunque debba misurarsi con il nuovo.

Nel tentativo di farci carico di alcune di queste difficoltà, appare utile procedere ad un ulteriore approfondimento finalizzato a sviluppare qualche passaggio argomentativo già accennato, mettendone a fuoco gli aspetti più critici.

Uno di essi riguarda la questione della ripartizione dell’onere della prova in ordine alla sussistenza dei presupposti determinanti per la selezione della sanzione.

Si tratta di una questione sulla quale da più parti si insiste e che ha acceso una vivace discussione, ma che non sembra assumere una particolare complessità né una specifica consistenza.

Infatti poiché i presupposti per l’applicabilità della sanzione riguardano il fatto materiale che ha dato luogo al licenziamento, tale fatto dovrà essere provato dal datore di lavoro secondo la previsione dell’art. 5, l. 604/1966.

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

Poiché la reintegrazione nel posto di lavoro trova ingresso in relazione alla verifica dell’inesistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, tale verifica, risolvendosi nell’accertamento (negativo) dello stesso fatto, avverrà senza margini per valutazioni discrezionali ed attingendo dall’indagine mirata alla legittimità del licenziamento.

Si deve, invece, segnalare la differenza sostanziale tra l’*iter* finalizzato a selezionare la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo (di cui fin qui si è detto) e la questione che il giudice dovrà affrontare nel caso in cui il lavoratore deduce la sussistenza di una natura del licenziamento diversa da quella evidenziata nella comunicazione scritta.

È l’ipotesi espressamente prevista dall’ultimo periodo del c. 7 dell’art. 18 («qualora, nel corso del giudizio, sulla base della do-

manda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo»).

In questo caso l'onere della prova della diversa ragione che ha determinato il licenziamento grava sul lavoratore che, quindi, non solo dovrà formulare una specifica domanda nell'atto introduttivo del giudizio, ma dovrà anche offrire la prova di ciò che afferma.

Tale prova, peraltro, deve essere fornita per quanto riguarda non solo la sussistenza di una diversa motivazione del licenziamento concorrente con quella formalmente adottata, ma anche che tale motivazione costituisce l'unica ragione del provvedimento espulsivo che, quindi, è stato deciso esclusivamente per finalità disciplinari o discriminatorie (secondo l'orientamento della Cassazione cfr., da ultimo, Cass. 18 marzo 2011, n. 6282).

10. *Le specifiche ipotesi nelle quali opera la reintegrazione nel posto di lavoro: l'insussistenza del fatto e la sua punibilità con una sanzione conservativa.* — Le considerazioni fin qui svolte consentono di affrontare in modo più agevole il tema dell'identificazione delle tre specifiche condizioni poste dall'art. 18 (c. 4 e 7) che consentono l'accesso alla reintegrazione nel posto di lavoro a fronte di un licenziamento illegittimo — sia disciplinare sia economico — per carenza di giusta causa o di giustificato motivo.

Si tratta di un aspetto che ha già trovato spazio nei vari passaggi argomentativi in precedenza sviluppati e che qui di seguito mi limito a riprendere per alcune precisazioni.

Una questione si pone per la diversità delle formule contenute, rispettivamente, nei c. 4 e 7 dell'art. 18 per quanto riguarda la discrezionalità del giudice nella decisione da adottare in ordine alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Infatti l'interprete attento al dato testuale è sollecitato da quanto si legge nel c. 4 per il quale la reintegrazione è oggetto di una "condanna", senza alternativa, mentre nel c. 7 essa "può" essere disposta dal giudice.

La diversità terminologica non sembra, però, assumere un rilievo decisivo che consenta di affermare con sicurezza, come potrebbe apparire ad una prima lettura, che in un caso (c. 4) la sanzione della reintegrazione, ricorrendone i presupposti, sarebbe vincolante, mentre nell'altro (c. 7) verrebbe rimessa alla valuta-

zione discrezionale del giudice anche nell'ipotesi in cui sia stata accertata l'insussistenza del fatto.

Tale affermazione, infatti, non sarebbe coerente con la ricostruzione della norma in esame che mette in evidenza quanto già segnalato, vale a dire la tassatività delle condizioni nelle quali la reintegrazione opera. Tassatività che esclude ogni valutazione del giudice che dovrà, invece, limitarsi a verificare la sussistenza o meno dei presupposti indicati nella norma che consentono o sbarrano l'accesso alla reintegrazione.

Dal c. 7 emerge, però, un'indicazione univoca che il legislatore ha voluto esprimere con tutta la forza delle parole e che si palesa più che impegnativa, vincolate per l'interprete che non si voglia prestare a manipolare il dato normativo.

Infatti non solo la reintegrazione "può" essere disposta, ma tale possibilità deve essere presa in considerazione da parte del giudice esclusivamente quando — come afferma sempre il c. 7 — sia «manifesta» l'insussistenza del fatto. Un aggettivo anche questo ridondante ed enfatico che sembra aggiungere assai poco all'oggettivo riscontro dell'inesistenza del fatto, proprio perché la materialità di tale constatazione non può arricchirsi dall'essere qualificata come "manifesta" (per «la contraddizione che nol consente»).

Resta, però, il peso delle parole del legislatore finalizzate a colorare a tinte forti ed a "blindare" un concetto semplice, ma di cui si teme il rigetto da parte della giurisprudenza: la modalità di accertamento della sanzione applicabile al licenziamento per g.m.o. illegittimo deve scontare che la reintegrazione nel posto di lavoro opererà ormai come *extrema ratio*.

Passando ad un'altra questione si deve ritornare ancora una volta sul concetto che la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica, condotta senza valutazioni discrezionali, del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento. Ciò vale per due delle tre condizioni che danno ingresso alla reintegrazione nel posto di lavoro: quella prevista con riferimento al licenziamento disciplinare in caso di «insussistenza del fatto contestato» e l'altra collegata al g.m.o. che riguarda la manifesta inesistenza del fatto posto a base di tale licenziamento.

Più complessa si pone la questione relativa alla terza condizione che viene a concretizzarsi con riferimento al licenziamento disciplinare se il «fatto rientra tra le condotte punibili con una

sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

Qui, diversamente dagli altri due presupposti, le incursioni della giurisprudenza possono avere conseguenze imprevedibili per l'equilibrio della norma e per valutarne l'incidenza e la sua effettiva portata.

Per un verso si potrebbe, infatti, sostenere che il nuovo art. 18 si limita a prendere in considerazione un caso specifico e circoscritto che si realizza quando l'infrazione disciplinare è espressamente punita con una sanzione conservativa tipizzata dalla legge o dal contratto collettivo o dai codici disciplinari. In altre parole il giudice dovrebbe accertare l'eventuale collegamento tra l'infrazione per la quale il licenziamento è stato adottato e la sanzione conservativa contemplata in una delle tre fonti regolatrici del potere disciplinare.

La *ratio* di tale disposizione si spiega proprio nell'ottica più sopra evidenziata.

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

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

A maggior chiarimento di quanto appena accennato si deve evidenziare che il punto riguarda la rilevanza che assume l'art. 2106 c.c. nella decisione adottata dal giudice in materia di licenziamento disciplinare. In un caso l'art. 2106 c.c. opererà soltanto per stabilire la legittimità del licenziamento, ma non per quanto riguarda la sanzione applicabile che sarà sempre quella dell'indennità risarcitoria. Nell'altro, invece, anche l'individuazione della sanzione sarà influenzata dalla valutazione del giudice in ordine alla gravità della sanzione.

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

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

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

Infatti con la prima formulazione la reintegrazione era ancorata stabilmente alle «tipizzazioni» dei contratti collettivi, con l'effetto di vincolare i giudici nell'individuazione della sanzione applicabile al licenziamento disciplinare illegittimo. Con la conseguenza che il lavoratore avrebbe dovuto essere reintegrato se la sua condotta fosse stata specificamente punita dal contratto collettivo con una sanzione conservativa, mentre il datore di lavoro lo aveva licenziato. Viceversa se all'interno del contratto collettivo non fosse stata rintracciabile una specifica previsione sanzionatoria per quella condotta, il giudice, pur accertando l'illegittimità del licenziamento, avrebbe dovuto condannare il datore di lavoro al paga-

mento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva di cui al c. 5 e non al reintegro.

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

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

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

In questa prospettiva è importante ricordare che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, da una parte, «in tema di licenziamento, la nozione di giusta causa è nozione legale e il giudice non è vincolato alle previsioni di condotte integrate giusta causa contenute nei contratti collettivi» (così, tra le altre, Cass. 14 febbraio 2005, n. 2906) e, dall'altra, si evidenzia che «giusta causa di licenziamento e proporzionalità della sanzione disciplinare sono nozioni che la legge, allo scopo di adeguare le norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cosiddette clausole generali, di limitato contenuto e delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama». Con l'ulteriore puntualizzazione che consente di comprendere il tipo di

indagine demandata al giudice, in quanto «l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 o all'art. 2106 c.c., che dettano tipiche «norme elastiche», non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca» (così Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144).

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

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

11. *Le conseguenze derivanti dallo sdoppiamento tra illegittimità del licenziamento e selezione della sanzione applicabile.* — Dal nuovo art. 18 discendono una serie di implicazioni che riguardano, sul piano applicativo, sia il momento in cui il datore di lavoro

adotta il licenziamento sia quello successivo, quando in sede giurisdizionale ne viene scrutinata la legittimità.

Per quanto riguarda il primo punto si deve segnalare che un rilievo, ancora più marcato di quanto è avvenuto nel passato, assumerà la specificazione del fatto che motiva il licenziamento.

In questa prospettiva si coglie anche l'importanza della modifica contenuta nel d.d.l. che impone — intervenendo sull'art. 2, l. 604/1966 — la necessità che la motivazione del licenziamento concorra a perfezionare il requisito della forma scritta (anche se, come più sopra si è accennato, con una diversificazione del regime sanzionatorio più rigoroso per l'assoluta carenza di forma scritta, meno per la mancata specificazione dei motivi). In questo modo il fatto viene cristallizzato nella comunicazione del licenziamento e su di esso si concentrerà la verifica della legittimità del licenziamento e della sanzione applicabile.

Per dare conto della rilevanza che assume la specificazione del fatto nella motivazione del licenziamento, si può dire con riferimento al g.m.o. che tale fatto si incentra e si esaurisce nella soppressione di “quel” posto di lavoro, su questo punto il giudice dovrà concentrare la sua attenzione per individuare la sanzione applicabile nel caso di ritenuta illegittimità del licenziamento.

La soluzione prospettata in realtà ne sottende un'altra ben più complessa che non riguarda l'art. 18, ma “a monte” la nozione di g.m.o. ed al suo interno la distinzione tra la soppressione del posto che incarna la ragione organizzativa del licenziamento, la conseguente impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre mansioni che afferisce all'inutilizzabilità del lavoratore e la prova di non avere effettuato altre assunzioni per quella stessa posizione di lavoro che dimostra come tale soppressione sia effettiva e definitiva.

Anche nel caso di licenziamento disciplinare si dovrà prestare attenzione all'ipotesi in cui la contestazione riguardi non un singolo comportamento, ma una pluralità di infrazioni. In questo caso il datore di lavoro dovrà specificare se ai fini del licenziamento tali condotte assumono rilievo congiuntamente o disgiuntamente.

Passando ad una diversa questione, si deve osservare che la pluralità di sanzioni previste dall'art. 18 avrà un indubbio riflesso sulle tecniche di difesa del lavoratore licenziato.

In questo caso le domande formulate con il ricorso introdut-

tivo del giudizio saranno probabilmente presentate in via gradata partendo da quella avente ad oggetto la reintegrazione piena e, subordinatamente, inserendo tutte le altre fino a quella relativa all'indennità risarcitoria nella "misura ridotta". Per ogni domanda il lavoratore dovrà procedere, ovviamente, alle specifiche allegazioni ed all'esibizione o alla richiesta delle prove idonee a sostenere ciascuna delle domande formulate.

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

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

Anche la contrattazione collettiva potrebbe subire un impulso derivante dalle modifiche all'art. 18 specialmente per quanto il licenziamento disciplinare.

Come si è detto, infatti, la tipizzazione delle infrazioni disciplinari ed il conseguente collegamento con la sanzione conservativa o quella espulsiva da applicare avrà rilievo determinate per quanto riguarda non soltanto la valutazione della legittimità del licenziamento, ma anche l'alternativa tra reintegrazione nel posto di lavoro o indennità risarcitoria. L'effetto che ne potrebbe discendere riguarderebbe in questo caso la maggiore puntualità e speci-

ficità delle definizioni delle infrazioni e delle relative sanzioni disciplinari previste dai contratti collettivi.

Appare, infine, superfluo soffermarsi su speculazioni introspettive per chiedersi se la sanzione indennitaria (magari nella sua misura minima) prevista dall'art. 18 potrà sortire in sede applicativa l'effetto di una più indulgente (o, addirittura, lassista) valutazione giurisprudenziale della giustificatezza del licenziamento, specialmente di quelli economici, accompagnata dall'attribuzione dell'indennità risarcitoria.

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

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

12. *La procedura preventiva al licenziamento per g.m.o.: opportunità e rischi di frode (la sopravvenuta malattia del lavoratore).* — Un cenno merita anche la modifica dell'art. 7, l. 604/1966 che ha introdotto una procedura preventiva al licenziamento per g.m.o. finalizzata a favorire un accordo tra datore e lavoratore che eviti il licenziamento ed il contenzioso giudiziario che ne deriva.

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

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

In questo modo si consente al lavoratore di far valere, anche con l'assistenza del sindacato, i propri interessi in sede preconten-

ziosa, senza però paralizzare il potere del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. *Il licenziamento collettivo, le procedure sindacali di attivazione e l'effetto sanante dell'accordo concluso tra datore di lavoro ed OO.SS.* — Un'osservazione merita anche il tema dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale.

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

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

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

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

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

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

Orbene senza voler ripercorrere in questa sede complesse questioni che riguardano la facoltà delle parti di porre in essere negozi di accertamento o di rettificare manifestazioni di volontà con effetto *ex tunc*, in assenza della revoca degli atti già posti in essere e che costituiscono sequenze di un procedimento legale, appare evidente che nella segnalata incertezza interpretativa verranno adottati comportamenti prudenziali improntati a cogliere l'oppor-

tunità prevista dalla norma in esame e che, probabilmente, si estrinsecheranno nella formulazione di una dichiarazione ricognitiva del contenuto della comunicazione di avvio della procedura sindacale a seguito della quale le parti stipulanti l'accordo si daranno reciprocamente atto della volontà di sanare ogni relativo errore.

14. *La decorrenza della prescrizione e la stabilità del rapporto di lavoro nel nuovo art. 18.* — Una postilla merita anche un tema a me particolarmente caro, quello della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore.

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

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

A me sembra che le modifiche all'art. 18 possano continuare a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro, poiché la tutela derivante dal nuovo art. 18, pur non essendo più quella *reale* alla quale faceva riferimento la giurisprudenza relativa alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi, è pur sempre idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato; motivo per il quale la Corte costituzionale (C. cost. 10 giugno 1966, n. 63) aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 2948 n. 4 nella parte in cui prevedeva la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi anche in costanza di rapporto di lavoro. Nella soluzione ora prospettata ha un peso significativo la permanente operatività della reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento.

Sarebbe, però, quanto mai opportuno, anziché attendere il pronunciamento della giurisprudenza su questo punto con i tempi lunghi a ciò necessari, che il legislatore fornisse direttamente la

soluzione a tale problema che, più degli altri, merita certezza essendo questa la finalità che la prescrizione deve perseguire.

15. *Il processo sul licenziamento illegittimo, accelerazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva: quale coerenza e quale vulnus?*. — Un cenno finale deve essere riservato alle innovazioni processuali previste dal d.d.l. (artt. 16-21) nella convinzione della necessaria complementarietà delle stesse con le modifiche sostanziali apportate all'art. 18.

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

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

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

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

Peraltro lo stato di particolare bisogno del lavoratore licenziato deve anche tener conto — ed ancor più a seguito delle disposizioni contenute nel d.d.l. — dell'erogazione dell'ASpI che garantisce un sostegno al reddito per chi ha perso il posto di lavoro

e che, in assenza di particolari condizioni personali o familiari (in presenza delle quali sussisterebbero, però, gli estremi per un ricorso d'urgenza), dovrebbero consentire di agire in giudizio in via ordinaria, sempre che presso il Tribunale del lavoro competente i tempi della trattazione delle controversie siano fisiologici (in caso contrario, però, si ripropone il tema del ricorso in via d'urgenza).

Le osservazioni accennate consentono, allora, di ipotizzare che la dilatazione abnorme dei tempi del processo avente ad oggetto il licenziamento è temibile più per il datore di lavoro (specialmente se di piccole dimensioni) che per il dipendente (che, ripeto, si può avvalere dei mezzi processuali a cui si è fatto cenno). Infatti una sentenza di reintegrazione che intervenga dopo 3/4 anni ed oltre dal licenziamento può comportare per il datore di lavoro un costo (per retribuzioni e contributi) destabilizzante. Infatti da molti è stato utilizzato proprio questo argomento per sollecitare un *iter* processuale più rapido per la trattazione delle cause di licenziamento che, comunque, non risolverebbe mai il problema della reintegrazione nel posto di lavoro disposta dal giudice di rinvio a seguito della cassazione della sentenza di secondo grado che abbia respinto la domanda del lavoratore.

Ma questa preoccupazione dovrebbe essere oggi fugata con le misure sostanziali adottate dal nuovo art. 18.

Infatti, anche nel caso della reintegrazione nel posto di lavoro, l'art. 18, c. 4 pone un tetto al danno risarcibile che non può superare le dodici mensilità; mentre le contribuzioni previdenziali, dovute all'INPS per un arco di tempo superiore, possono essere rateizzate.

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

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

Sarebbe stato, forse, sufficiente a risolvere ogni problema l'art.

20 d.d.l. e la priorità di trattazione da esso prevista delle controversie di lavoro relative al licenziamento.

Infatti le conseguenze derivanti dall'applicazione delle nuove disposizioni rischiano di essere ben peggiori delle criticità che con esse si intendevano contrastare.

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

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

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

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

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

A fronte di queste osservazioni critiche un diverso interrogativo avrebbe meritato una maggiore attenzione da parte del d.d.l., sia pure con tutte le cautele richieste da una questione così delicata.

Tale questione può essere sintetizzata nella seguente domanda: un intervento legislativo così ampio e complesso come è quello sull'art. 18 e, in generale, sul mercato del lavoro non consentiva di ipotizzare l'utilizzazione del modello previsto dall'art. 420-*bis* c.p.c. per provocare un accertamento pregiudiziale sull'interpretazione delle nuove regole da parte della Cassazione, in modo tale da accelerare i tempi altrimenti necessari per pervenire a quell'uniformità interpretativa che è un bene fondamentale per la funzionalità di tali regole?

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

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

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

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

IL NUOVO REGIME SANZIONATORIO DEL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO: LE MODIFICHE DELL'ART. 18 STATUTO DEI LAVORATORI. — Riassunto. *Lo studio è incentrato sulle modifiche all'art. 18 contenute nel d.d.l. n. 3249 recante «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita» presentato al Senato il 5 aprile 2012. Tali modifiche conseguono ad una scelta di politica del lavoro di realizzare un diverso bilanciamento della flessibilità in entrata ed in uscita. L'innovazione più rilevante è quella relativa al passaggio dall'unicità alla diversificazione delle sanzioni applicabili nel caso di licenziamento illegittimo. Il nuovo art. 18 prevede, infatti, la reintegrazione piena, quella depotenziata, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura piena e ridotta. Questa innovazione impone di distinguere la fase di accertamento dell'illegittimità del licenziamento da quella relativa all'individuazione della sanzione. Distinzione che si fonda sulla rilevanza tra il fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo. Vengono, poi, esaminate le conseguenze derivanti dallo sdoppiamento del nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo anche con riferimento alla questione della decorrenza della prescrizione ed al nuovo regime processuale per le controversie relative all'applicazione del nuovo art. 18.*

THE NEW PENALTY REGIME OF UNFAIR DISMISSAL: THE AMENDMENTS TO ARTICLE 18 STA. LAV. — Summary. *The study focuses on the modifications to art. 18 contained in the decree law n. 3249 providing «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita» brought before the Senate on April 5th 2012. Such modifications ensue from a choice in labour policy to achieve a different balance of incoming and outgoing flexibility. The most significant innovation is the shift from the uniqueness to the diversification of sanctions in case of unfair dismissal. The new art. 18 provides the full reinstatement, the underpowered one, the all-inclusive indemnity for damages in the full and reduced extent. This innovation requires to distinguish the phase of unfair dismissal assessment from that of sanction identification. This distinction is based on the relevance between the material fact and its characterization as just cause or justifiable reason. Consequences arising from the splitting of the new sanction regime of unfair dismissal are then examined, also with reference to the question of the starting date of prescription and to the new procedural rules for disputes concerning the application of the new art. 18.*