

Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*

Marco Biasi

1. Introduzione.	34
2. La “vecchia” reintegra ed il “nuovo” rimedio reintegratorio “forte”, tra licenziamento discriminatorio, per motivo illecito, o “ <i>riconducibile ad altri casi di nullità</i> ”.	38
2.1 I confini del “nuovo” licenziamento discriminatorio.	39
2.2. La perdurante attualità della distinzione tra il licenziamento discriminatorio e le altre ipotesi di nullità, oltre che di “semplice” carenza di giustificazione del recesso.	44
3. Il dirimente quanto complesso discrimen tra la “tutela reintegratoria attenuata” e la “tutela obbligatoria forte”.	48
3.1. Segue. Il “licenziamento disciplinare”.	49
3.1.1. L’incerta individuazione del “fatto contestato” nel nuovo art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.	49
3.1.2 Il “fatto” rientrante “tra le condotte punibili con una sanzione conservativa...” ed il ruolo del principio di proporzionalità nel nuovo quadro sanzionatorio.	52
3.2. Segue. Il licenziamento per ragioni oggettive.	56
3.2.1 Il problema della “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo”	56
3.2.2. “Manifesta insussistenza” e obbligo di repêchage.	59
4. I vizi procedurali e la “tutela indennitaria ridotta”.	61
4.1 Vizi procedurali e “merito” del licenziamento.	62
4.2. Ambito e scopi della “nuova” procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 ed effetti del suo mancato o irregolare espletamento.	64
5. Conclusioni	67

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 181/2013

1. Introduzione.

A distanza di un anno dall'entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. "Riforma Fornero"⁶⁸) pare sia giunto il tempo di tracciare un primo bilancio circa gli effetti della nuova disciplina dei licenziamenti sul mercato del lavoro e, soprattutto, sull'ordinamento giuridico.

Se, sotto il primo punto di vista, pure estraneo alla presente analisi, la Riforma non sembra aver finora sortito, ammesso che fosse ipotizzabile e non dipendente da altre variabili⁶⁹, l'effetto auspicato dal Legislatore, in termini di riduzione del tasso di disoccupazione e di attrazione di investitori stranieri⁷⁰ (in precedenza "dissuasivi" dall'eccessiva rigidità in entrata caratterizzante il nostro sistema⁷¹), una – se non, addirittura, la – cartina di tornasole per verificare il secondo tipo di effetti proviene dal "risponso"⁷² della giurisprudenza sulla normativa di nuovo conio⁷³.

In particolare, oggetto della presente rassegna sarà la "tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo"⁷⁴ prevista dall'attuale articolo 18 l. 20 maggio 1970⁷⁵, siccome risultante dalla

⁶⁸ Sull'incerta "paternità" della l. 28 giugno 2012, n. 92, però, L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla Riforma Monti-Fornero*, in *LD*, 2012, 3/4, 415.

⁶⁹ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 6, 529 ss.; L. MARIUCCI, *op.ult.cit.*, 418; V. SPEZIALE, A. PERULLI, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2011, 132, 7 ss.; R. ARTONI, M. D'ANTONI, M. DEL CONTE, S. LIEBMAN, *Employment protection systems and welfare state models. A comparative study*, Bocconi legal studies research paper, Milano, 2006, 3 ss.

⁷⁰ Cfr. art. 1 l. 28 giugno 2012, n. 92, vero "manifesto" di presentazione della Riforma, ove si legge che gli interventi sono diretti "a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla crescita di occupazione...e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione...adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento". Per un commento, F. CARINCI, *Finalità, monitoraggio, oneri finanziari*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *DPL*, 2012, suppl. n. 33, 5 ss.; E. GHERA, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 21 ss.; M. MAGNANI, *Genesis e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, 3 ss. Per un'opinione sin da subito fortemente critica rispetto agli obiettivi della Riforma ed alla loro complessa realizzabilità, S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *ADL*, 2012, 3, 535 ss., il quale paventa (o, per certi versi, anticipa, come risulterà in esito alla presente analisi) il "presumibile effetto contrario" della stessa.

⁷¹ Per un'efficace sintesi critica di tali argomenti, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, 1, 523-530.

⁷² Il termine utilizzato intende dare conto dello sforzo richiesto agli esegeti nel "decifrare" (più che "interpretare") alcune delle nuove disposizioni in esame: v. *infra*.

⁷³ Sull'importanza di attendere la "parola del Giudice" ai fini di un giudizio completo sulla Riforma e sui suoi effetti, G. ZILIO GRANDI, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili... la parola al Giudice*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2012, 12, 1; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *ADL*, 2012, 6, 1103; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 538; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, ES, Napoli, 2012, 86.

⁷⁴ Così la nuova rubrica dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, che ha sostituito, anche simbolicamente, la precedente: "reintegrazione nel posto di lavoro": sul punto, P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in *Id.* (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, 252.

⁷⁵ Né va trascurato l'intenso collegamento tra la riforma della "tutela in caso di licenziamento illegittimo" e le nuove modifiche processuali, legate in particolare all'introduzione del c.d. "Rito Fornero", il cui campo di applicazione (o "titolo di accesso": F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc*, cit., 289) è stato non a caso individuato – *ratione petendi* – nei licenziamenti "regolati dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300" (art. 1, comma 47 l. 28 giugno 2012, n. 92). Numerosi e profondi risultano infatti gli intrecci tra la nuova normativa sostanziale e processuale: a mero titolo esemplificativo, ove si accedesse universalmente all'interpretazione secondo cui ogni licenziamento intimato in assenza dei presupposti sostanziali debba essere considerato discriminatorio (v. *infra*), anche l'accesso al nuovo rito diverrebbe generalizzato, a prescindere da ogni soglia occupazionale; specularmente, il nuovo regime processuale senza dubbio incide sul diritto del lavoratore al ristoro "integrale" del danno patito, che, soprattutto in ipotesi di c.d. "tutela reintegratoria

Riforma ed applicabile ai licenziamenti disposti dopo l'entrata in vigore della stessa⁷⁶.

Nell'esposizione si è scelto di seguire uno schema basato sull'assunto – oggetto poi di verifica – per cui la Riforma sia intervenuta unicamente sulle “conseguenze” del licenziamento viziato e non sui presupposti sostanziali⁷⁷, operando un'inedita “modulazione” dei rimedi, secondo un “climax discendente” di gravità del comportamento datoriale o del vizio del licenziamento⁷⁸ (ovvero, secondo una diversa lettura, di rilevanza degli interessi del lavoratore coinvolti⁷⁹), cui corrisponderebbe una “modulata” gravità o intensità (dubitamente, dissuasività) della sanzione, ossia, nell'ordine: i) “tutela reintegratoria piena”⁸⁰, caratterizzata da forti affinità con il – solo⁸¹ – rimedio

attenuata” (v. *infra*), dipende di fatto dalla durata del processo e, dunque, dalla funzionalità ed efficienza del nuovo rito: per tale ragione, sarà quindi utile vagliare anche le risposte delle giurisprudenze sull'applicazione del nuovo rito, il che costituisce l'oggetto di un successivo approfondimento.

⁷⁶ Cass. 7.5.2013, n. 10550, in *FI*, 2013, I, 1867, che ha sostenuto l'inapplicabilità del nuovo regime sanzionatorio ai licenziamenti oggetto dei procedimenti in corso, e ciò, non solo per ragioni legate al diritto intertemporale (e dunque a quanto disposto dall'art. 11 delle *Preleggi*), quanto alla luce del fatto che il nuovo sistema avrebbe comportato uno “stravolgimento del sistema di allegazioni e prove nel processo”, che non è limitato alla scelta del rimedio, ma “si collega ad una molteplicità di ipotesi diverse di condotte giuridicamente rilevanti cui si connettono tutele tra loro profondamente differenti”. Nel senso dell'applicabilità – *ratione temporis* – della nuova disciplina unicamente ai licenziamenti intimati a partire dal 18 luglio 2012, momento di entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92, si è espressa la giurisprudenza di merito e la dottrina pressoché unanime: *contra*, a quanto consta, solo Trib. Milano ord. 27.3.2013, est. Cipolla, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, che ha ritenuto applicabile il nuovo sistema rimediabile – in particolare, la nuova tutela “indennitaria forte” – ad un licenziamento intimato in data 26.3.2012 e, dunque, anteriormente all'entrata in vigore della c.d. “Riforma Fornero”. Si leggano in tema le riflessioni di A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, 658 e V. PIETRA, *Il nuovo articolo 18: problemi di diritto intertemporale, campo di applicazione e decorrenza della prescrizione*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc.*, cit., 300-303, i quali ricordano come già al momento di entrata in vigore del “primo” art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 e della l. 11 maggio 1990, n. 108, la giurisprudenza aveva escluso l'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni nei giudizi relativi a licenziamenti intimati nel vigore della disciplina previgente; nello stesso senso, M. FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, 2, 339; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele etc.*, cit., 383.

⁷⁷ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1, 37-38; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *MGL*, 2012, 10, 748; P. SORDI, *op.ult.cit.*, 253; M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc.*, cit., 257.

⁷⁸ R. DEL PUNTA, *La flessibilità in uscita. Licenziamenti individuali*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia, Roma, 2013, 355; E. GHERA, *op.cit.*, 25; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St.Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4-5, 792; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele etc.*, cit., 385; C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr.Giur.*, 2012, 6, 729-730; M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o <per motivo illecito determinante> alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *RGL*, 2012, 4, 654, secondo cui la modulazione delle sanzioni esprimerebbe diverse reazioni dell'ordinamento alle patologie dell'atto di licenziamento; F. SANTINI, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc.*, cit., 238.

⁷⁹ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, *Relazione al Convegno del Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano"*, Pescara 11 maggio 2012, 10-11, reperibile in www.pietroichino.it, ad avviso del quale la reintegra verrebbe ora riconosciuta nei casi di violazione di diritti assoluti della persona, mentre la tutela risarcitoria/indennitaria coprirebbe tutti gli altri casi di perdita del posto “ingiustificata”, ove si tratterebbe di ristorare il danno economico patito dal lavoratore secondo la “liability rule”. Sulla distinzione, operata dallo stesso A., tra “property rule” e “liability rule” in materia di licenziamento, *Id.*, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *DPL*, 2012, 25, 1545 ss.

⁸⁰ La c.d. “tutela reintegratoria piena” ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300 garantisce al lavoratore la reintegra ed il risarcimento del danno nella misura delle mensilità perse (in un minimo di cinque, determinate avendo come riferimento “l'ultima retribuzione globale di fatto”) dal licenziamento alla reintegra (dedotto l'*aliunde perceptum*), oltre all'integrale corresponsione dei contributi previdenziali. Al lavoratore è poi concessa la facoltà di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione ex art. 18, comma 3 l. 20 maggio 1970, n. 300.

⁸¹ Ovviamente se si esclude la tutela obbligatoria ex 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604, rimasta apparentemente estranea alla Riforma.

previsto in passato⁸², ii) “tutela reintegratoria attenuata”⁸³; iii) “tutela indennitaria forte”⁸⁴; iv) “tutela indennitaria ridotta” (ovvero “dimidiata” o, ancora, “attenuata”)⁸⁵.

Il nuovo sistema sanzionatorio avrebbe prodotto come corollario una – altrettanto inedita – “*doppia fase*” del giudizio⁸⁶, una prima, rimasta – come si vedrà, solo apparentemente – invariata all’esito della Riforma, avente ad oggetto la legittimità o l’illegittimità (eventualmente, l’illiceità⁸⁷) del licenziamento, la seconda, di nuova introduzione, sulla scelta della sanzione⁸⁸. È peraltro agevole notare sin da subito come tale “*doppia fase*” implichi già, a prescindere dai diversi punti di oscurità del testo sui quali si avrà modo ampiamente di soffermarsi⁸⁹, un “*doppio sforzo*”⁹⁰ da parte del Giudice e, di conseguenza, un maggiore (o, forse, doppio?) spazio esegetico ad appannaggio di quest’ultimo⁹¹, con buona pace delle tanto decantate esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità dell’esito dei giudizi in materia di licenziamento, funzionali ad una logica di anticipazione del “costo” del recesso, soprattutto di quello intimato (*rectius*, intimando) per ragioni oggettive (c.d. “*firing cost*”)⁹².

⁸² V. *infra*, par. 2.

⁸³ La c.d. “tutela reintegratoria attenuata” ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 prevede il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno nella misura delle mensilità perse (sempre avendo come riferimento “l’ultima retribuzione globale di fatto”) dal licenziamento alla reintegra, ma senza alcun limite minimo e nella misura massima di dodici mensilità (dedotto il c.d. “*aliunde perceptum ac percipiendum*”), oltre al versamento dei contributi previdenziali. Anche in questo caso, al lavoratore è consentita la facoltà di optare per l’indennità sostitutiva della reintegrazione ex art. 18, comma 3 l. 20 maggio 1970, n. 300.

⁸⁴ La c.d. “tutela indennitaria forte” ex art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300 consiste nella corresponsione da parte del datore di lavoro di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata dal Giudice, che “*dichiara risolto il rapporto*” (ad ogni effetto, anche sul piano previdenziale), tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità.

⁸⁵ La c.d. “tutela indennitaria ridotta” ex art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300 garantisce al lavoratore, a fronte della dichiarazione di “*inefficacia*” di un licenziamento comunque “*efficace*” (v. *infra*), il diritto di ricevere un indennizzo di misura compresa tra le sei e le dodici mensilità.

⁸⁶ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, 2012, I, 435.

⁸⁷ In tale ipotesi, tuttavia, sembra che il giudizio si componga di una sola “fase”, come in passato, posto che dall’accertamento della discriminatorietà, illiceità o “altrimenti” nullità del recesso ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, dovrebbe comunque discendere l’automatica applicazione del rimedio ivi contemplato (tutela reintegratoria piena: v. *infra*).

⁸⁸ In termini di “*dissociazione schizoide fra “causali” delle fattispecie, mantenute identiche, e “causali delle sanzioni, rese doppie ed alternative (tutela reale ed obbligatoria)”*”, F. CARINCI, *Finalità etc.*, cit., 6. Sulla scissione del giudizio in due fasi, R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D’Antona*”.IT, 2013, 177, 4; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in ADL, 2012, 3, 622; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in RIDL, 2012, II, 1054; F. SANTINI, *op.cit.*, 240.

⁸⁹ C. CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 30, secondo cui si tratterebbe di un testo “*elaborato, complesso e di non facile interpretazione*”; sul nesso tra “*diritto incerto*” e “*eccessivo protagonismo*” della giurisprudenza, con particolare riferimento alla “*lacunosità*” del testo del nuovo art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in RIDL, 2012, I, 620-621.

⁹⁰ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. Lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 238, che, simbolicamente, equipara tale “*doppio sforzo*” ad un “*salto mortale*”.

⁹¹ P. RAUSEI, M. TUTTOBENE, *Il nuovo quadro regolatorio tra incertezze e maggior potere ad libitum dei giudici*, P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, Adapt University Press, Modena, 2012, 129; A. TURSI, P.C. VINCENTI, B. RAIMO, *La riforma del mercato del lavoro. Commento organico alla L. 28 giugno 2012, n. 92, aggiornata con le disposizioni della L. 7 agosto 2012, n. 134*, Dike, Roma, 2012, 65.

⁹² A. PERULLI, *Efficient Breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in RGL, 2012, 3, 562 ss., spec. 583-586; R. DEL PUNTA, *op.cit.*, 354.

Queste brevi considerazioni introduttive spiegano dunque l'importanza della risposta delle Corti anche sul piano della verifica dell'idoneità dell'altro obiettivo – pur legato al medesimo “piano di fondo” – della Riforma, ossia quello di ridurre la discrezionalità dei giudici⁹³, a fronte della loro nuova “facoltà” (che, in precedenza, costituiva di fatto un “atto dovuto”⁹⁴) di applicare la sanzione reintegratoria-ripristinatoria⁹⁵, la cui esclusività quale rimedio per tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo/nullo/inefficace è stato proprio uno dei “tabù” che la Riforma ha inteso infrangere⁹⁶.

In questo, ovvero nella discesa dalla reintegra piena all'indennità ridotta, il presente lavoro intende seguire nell'esposizione lo schema del nuovo art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300: si inizierà dunque dal nuovo comma 1, rispetto al quale l'approfondimento cercherà di essere particolarmente serrato, data l'importanza dei nuovi spazi (e, soprattutto, confini) del licenziamento nullo al fine di comprendere l'effettività del distacco con il regime rimediale del passato.

Si proseguirà poi con le “nuove” forme più lievi di sanzione, con particolare attenzione alla linea di confine – dai contorni piuttosto grigi – tra reintegra attenuata ed indennità forte, senza dimenticare la funzione, tutt'altro che residuale, della indennitaria debole, destinata a trovare applicazione nei casi di vizi formali o procedurali del recesso, talvolta non senza possibili conseguenze sul merito del provvedimento.

Le riflessioni conclusive saranno dedicate alla verifica della congruità, rispetto ai menzionati “*desiderata*”, di una disposizione la cui formulazione ed *intentio* originaria – è stato autorevolmente sostenuto – si è progressivamente, per effetto di un necessario compromesso, ridotta sino ad essere incorporata in un testo finale dotato di una – propria – *ratio*, dai contorni almeno in parte eterogenei rispetto agli intendimenti iniziali⁹⁷.

⁹³ C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo*, in *DRI*, 2012, 4, 1024-1025.

⁹⁴ In precedenza, infatti, le conseguenze del giudizio relativo ad un licenziamento rientrante nell'alveo dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 erano individuabili nell'alternativa “secca” reintegra e risarcimento integrale del danno/rigetto di ogni pretesa: in sostanza, “o tutto o niente”.

⁹⁵ Più correttamente, di scegliere, all'interno del nuovo regime sanzionatorio, il rimedio applicabile a seconda del vizio di licenziamento riscontrato.

⁹⁶ Sull'obiettivo della Riforma di individuare nella sanzione indennitaria “la regola” e in quella ripristinatoria “l'eccezione”, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, 2, 232; A. AVONDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2013, 180, 4-6; R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 280; G. CANNATI, *Profili d'incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *RIDL*, 2013, I, 200; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 530; L. ZOPPOLI, *op.ult.cit.*, 130; A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *DRI*, 2012, 3, 621; M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2013, 175, 5, secondo cui tale storico passaggio costituirebbe un “brusco cammino a ritroso” nella tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi, che si era sinora evoluta nel tempo in senso favorevole al lavoratore; similmente, V. PAOLILLO, *La riforma del mercato del lavoro. Problematiche e criticità della nuova normativa sui licenziamenti*, in *RGL*, 2013, 2, 451; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *ADL*, 2012, 3, 573; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op.ult.cit.*, 749, la quale richiama puntualmente anche alcuni passaggi in tema nei lavori preparatori alla Riforma. Sul rapporto tra l'aumento della c.d. “flessibilità in uscita”, mediante il passaggio della sanzione prevalente da quella ripristinatoria a quella indennitaria, e la riduzione della c.d. “flessibilità in entrata”, con la – dichiarata – spinta verso forme di rapporto di carattere meno “precario”, P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, 4-5, 813 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, 3-4, 441 ss.

⁹⁷ Per la valorizzazione della distinzione tra la “*intentio soggettiva*”, consegnata ai lavori preparatori e da collocarsi nel solco della recente tendenza legislativa verso una maggiore flessibilità e verso la limitazione della discrezionalità giudiziale, e la “*ratio oggettiva*”,

2. La “vecchia” reintegra ed il “nuovo” rimedio reintegratorio “forte”, tra licenziamento discriminatorio, per motivo illecito, o “riconducibile ad altri casi di nullità”.

A dispetto di quanto solennemente dichiarato dal Presidente Monti al termine dell'*iter* di approvazione della c.d. “Legge Fornero”⁹⁸, nulla è cambiato⁹⁹, ad eccezione di qualche leggera modifica¹⁰⁰, nel regime sanzionatorio previsto per i casi di licenziamento discriminatorio, del resto già in precedenza “fatti salvi” dall’ampio potere derogatorio riconosciuto dall’art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138¹⁰¹ e, dunque, non a caso oggi rimasti l’“ultimo baluardo” della “vecchia” tutela reale ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300¹⁰².

Non per questo, però, il nuovo regime di tutela reintegratoria forte non merita di essere analizzato attentamente.

Innanzitutto, va premesso che, sino alla Riforma, il tema del licenziamento discriminatorio è stato di relativa attualità, tanto nella riflessione teorica, quanto nell’esperienza pratica, dal momento che, nella disciplina previgente, la stessa forma di tutela (reale) veniva garantita al lavoratore nei casi di licenziamento discriminatorio e ingiustificato, sicché egli non aveva alcun interesse a

incorporata in un testo normativo frutto di una “gestazione tormentata” e dalla “redazione compromissoria”, F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, 2, 292-294. Circa i significativi effetti del necessario compromesso, intervenuto “in corso d’opera”, sugli obiettivi iniziali della riforma dell’art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *RIDL*, 2013, I, 3-5.

⁹⁸ V. il discorso del 4 aprile 2012 dell’allora Presidente del Consiglio Monti, in occasione della conferenza stampa di presentazione del d.d.l. n. 3249/2012, citato da V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 522, nt. 2.

⁹⁹ Di un “rafforzamento della tutela contro i più odiosi tra i licenziamenti”, quelli “discriminatori”, specie ove si consolidi una lettura “oggettiva” della discriminazione (su cui v. *infra*), parla invece R. ZUCARO, *Licenziamento discriminatorio. Riflessioni alla luce della Riforma Fornero*, in R. ZUCARO e M. FERRARESI (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, 1.

¹⁰⁰ Si tratta, in particolare, della precisazione circa la detraibilità dal risarcimento del solo *aliunde perceptum* (ad esclusione, quindi, del *percipiendum*), dell’indicazione della “ultima retribuzione globale di fatto” come parametro ai fini della quantificazione del risarcimento, dell’introduzione della regola per cui l’indennità sostitutiva della reintegrazione estingue il rapporto al momento della richiesta e non del pagamento (come sostenuto in precedenza dalla prevalente giurisprudenza), e della decorrenza dei trenta giorni per l’esercizio dell’opzione da parte del lavoratore a partire dal momento della comunicazione della sentenza o dall’invito del datore se anteriore. Sul punto, M. MARAZZA, *op.ult.cit.*, 615-619; M. CORRIAS, *Il licenziamento discriminatorio dopo la l. n. 92 del 2012: fattispecie e tutela*, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2013; C. CESTER, *La metamorfosi etc.*, cit., 34.

¹⁰¹ L’art. 8, comma 2 lett. e) d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148) ha infatti consentito alle Parti Sociali di apportare deroghe, mediante “specifiche intese” pattuite a livello decentrato (“di prossimità”), alle regole sulle conseguenze nei casi di licenziamento illegittimo, “fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall’inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento”. Con riferimento alle figure di licenziamento appena menzionate, si esprime in termini di “argine ultimo alla contrattazione collettiva di prossimità”, L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, in *www.magistraturademocratica.it*, 115. *Quid iuris*, ci si chiede tuttavia, per i casi di “licenziamento determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell’art. 1345 c.c.”, oggi espressamente “puniti” con la medesima sanzione reintegratoria piena prevista per i casi di licenziamento discriminatorio dall’art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, eppur non espressamente menzionati nel “regime di esenzione” dall’art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138? A tal proposito, sottolinea opportunamente la solo parziale coincidenza nell’elenco dei “tipi” di licenziamento previsti nelle due disposizioni da ultimo citate, E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 85.

¹⁰² Va ricordato che durante le fasi iniziali di gestazione della Riforma, il licenziamento discriminatorio sarebbe stato l’unico spazio residuo per la tutela reintegratoria [F. CARINCI, M. MISCIONE, *La “Riforma Fornero” (L. N. 92/2012)*, in *ADL*, 2012, 4-5, 808], in ciò dovendosi quindi individuare l’intentio originaria del Legislatore, rimasta tuttavia – almeno in parte – “estranea” al testo definitivo ed alla relativa *ratio* (F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 292).

“scomodare” la discriminazione e, soprattutto, il relativo regime (*rectius*, onere) probatorio, al fine di ottenere un rimedio analogo ai casi di “semplice”¹⁰³ carenza di giustificazione del recesso¹⁰⁴.

Oggi, invece, si è sin da subito intuito, il nuovo sistema – modulato – di rimedi impone una nuova riflessione sugli spazi e confini del licenziamento discriminatorio, tanto nell’elaborazione teorica quanto nell’esperienza pratica¹⁰⁵, il che parrebbe peraltro confermato dal fatto che l’ampia maggioranza delle decisioni nel proseguo analizzate si sia confrontata con una domanda del lavoratore, in alcuni casi quasi “di rito”, volta ad ottenere la “tutela reintegratoria forte”, sulla base di una dedotta natura discriminatoria del licenziamento¹⁰⁶.

2.1 I confini del “nuovo” licenziamento discriminatorio.

Volendo allora tracciare i confini del “nuovo” licenziamento discriminatorio, una significativa novità della Riforma è stata l’inclusione del licenziamento “*determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell’art. 1345 del codice civile*” tra le ipotesi di licenziamento “nullo” per cui si applica la “tutela reintegratoria piena” ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300.

In questo senso, però, la Riforma si è limitata ad operare la “*codificazione*” della tendenza espansiva, già da tempo in atto, della tutela reale statutaria verso l’ipotesi di recesso determinato da motivo illecito¹⁰⁷: la giurisprudenza, infatti, già in precedenza tendeva a riconoscere l’applicabilità dell’art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 in ipotesi di licenziamento c.d. “ritorsivo” o “per rappresaglia”¹⁰⁸, per via interpretativa ricondotto ad un’accezione di licenziamento discriminatorio “*in senso lato*”, e ciò, forse, più per – condivisibili – ragioni di carattere pratico, legate all’esigenza di evitare l’applicazione del rimedio della c.d. “*nullità di diritto comune*” in tali casi, che sulla scorta di approfondite teorizzazioni sul rapporto tra discriminazione e motivo illecito¹⁰⁹.

¹⁰³ Soprattutto dal punto di vista probatorio: cfr. art. 5 l. 15 luglio 1966, n. 604.

¹⁰⁴ Naturalmente, ove il licenziamento rientrasse, sulla base della dimensione occupazionale dell’impresa, nel campo di applicazione della tutela reale e non della tutela obbligatoria.

¹⁰⁵ M. FEZZI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero, I Quaderni di Wikilabour*, Milano, 2012, 103.

¹⁰⁶ Avevano previsto, tra gli effetti della nuova modulazione delle sanzioni operata dalla riforma, una “*corsa*” alla discriminazione del licenziamento in sede processuale, in quanto unica “*porta di accesso*” alla “tutela reintegratoria piena”: T. TREU, *op.cit.*, 42; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, 284; P. TOSI, *op.cit.*, 836.

¹⁰⁷ E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, cit., 83.

¹⁰⁸ Rientrano in tale categoria, secondo una massima consolidata, i recessi intimati unicamente per rappresaglia o ritorsione a fronte di un comportamento lecito del lavoratore, eppure sgradito al datore di lavoro: così, da ultimo, Cass. 3.8.2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, II, 362, con ampia nota di C. PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un’incerta linea di confine*, alla quale ultima si rimanda per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁰⁹ Si veda, da ultimo, Cass. 8.8.2011, n. 17087, in *RGL*, 2012, 2, 326, con nota di G. CANNATI, ove, in ipotesi di licenziamento della figlia di un lavoratore quale “*immediata e ingiustificata vendetta*” a seguito del licenziamento disciplinare del padre, è stata ravvisata la presenza di un “*motivo illecito unico e determinante*”, ricondotto “*per analogia di struttura*” ad un’accezione ampia di discriminazione; Cass. 3.8.2011, n. 16925, cit., che ha ritenuto un licenziamento intimato a fronte della richiesta del pagamento dello straordinario da parte del lavoratore viziato, sia in quanto determinato da motivo illecito, sia perché discriminatorio, secondo una lettura estensiva dei divieti previsti dall’art. 4 l. 15 luglio 1966, n. 604 e dall’art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300; Cass. 18.3.2011, n. 6282, in *Foro it., Rep.* 2011, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1240, che, in un caso di recesso espressamente motivato con la sussistenza di una lite pendente tra le parti (nonché per alcune critiche formulate dal lavoratore a mezzo stampa) ha ricondotto il recesso unicamente determinato da un intento ritorsivo nell’alveo dell’art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300, pur riconoscendo che si trattasse di una fattispecie “*non direttamente*

La Riforma non ha solo esteso – *expressis verbis* – la sanzione prevista per il licenziamento discriminatorio ai casi di licenziamento per motivo illecito, ma ha altresì ricompreso sotto l’“ombrello” della “tutela reintegratoria forte” gli altri casi di nullità del recesso elencati nel nuovo art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, ovvero i licenziamenti intimati in concomitanza con il matrimonio” o “*in violazione dei divieti di licenziamento*” previsti dalle disposizioni “*a tutela della maternità o della paternità*”, in precedenza soggetti al regime rimediabile della “nullità di diritto comune”¹¹⁰, nonché i recessi rientranti nella categoria “aperta” – se non sfuggente – degli “*altri casi di nullità previsti dalla legge*”¹¹¹ e quelli disposti oralmente.

Analoghi rimedi, però, non implicano necessariamente analoghi presupposti sostanziali.

Stando invece alle prime ordinanze emesse in tema, pare porsi il problema della distinzione tra licenziamento discriminatorio e gli altri “tipi” di licenziamento oggi elencati nell’art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300: non tanto con i recessi intimati in concomitanza col matrimonio o in violazione delle disposizioni a sostegno della maternità e della paternità, legate secondo una suggestiva lettura ad una comune matrice antidiscriminatoria¹¹², quanto con riferimento ai licenziamenti “*riconciliabili ad altri casi di nullità previsti dalla legge*” e a quelli “*determinati da motivo illecito determinante*”.

Un significativo esempio consiste nella pronuncia Trib. Bologna 19.11.2012¹¹³, ove si discuteva di un licenziamento disposto per asserito giustificato motivo oggettivo, a seguito del rifiuto di una lavoratrice, impiegata quale commessa presso un punto vendita destinato alla chiusura, di essere trasferita, in alternativa al recesso, ad altro negozio, ma unicamente “*sotto condizione*”

corrispondente”; *contra*, Pret. Frosinone 6.5.1999, in *RCDL*, 1999, 3, 685, secondo cui al licenziamento nullo perché dettato da motivo illecito ex 1345 cod.civ. (nel caso di specie, legato a rivendicazioni retributive) non sarebbe stato applicabile la tutela per il licenziamento discriminatorio ex art. 3 l. 11 maggio 1990, n. 108, bensì le regole generali in materia di invalidità del licenziamento (tutela reale o obbligatoria, a seconda della dimensione occupazionale del datore di lavoro).

¹¹⁰ L’inclusione di tali ipotesi di licenziamento nel nuovo art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, ad avviso di P. CHIECO, *op.cit.*, 278, avrebbe di fatto comportato un ulteriore ridimensionamento, se non proprio “*la fine*”, della “*tutela di diritto comune*”. In precedenza, invece, Cass. 10.7.2009, n. 16305, in *FI*, 2010, I, 103, secondo cui il licenziamento nullo in quanto intimato in concomitanza con il matrimonio non risultava assoggettabile alla tutela ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300; similmente, Cass. 18.9.2004, n. 18537, in *DPL*, 2004, 44, 2855, con nota di A. QUARTO, *Licenziamento della lavoratrice madre: qualificazione e conseguenze*, con riguardo ad un licenziamento in violazione della normativa a sostegno della maternità.

¹¹¹ Grazie agli sforzi della dottrina, sono state individuate quali ipotesi di nullità “altre” del recesso: il licenziamento intimato in spregio delle disposizioni in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali e, in particolare, dell’art. 4 l. 12 giugno 1990, n. 146, che vieta la comminazione di sanzioni espulsive in caso di violazione delle procedure ivi previste da parte dei lavoratori; il licenziamento intimato in concomitanza con un trasferimento d’azienda o di ramo d’azienda ex art. 2112 cod.civ.; il recesso intimato a fronte della domanda del lavoratore di fruizione di un congedo per gravi motivi familiari o per formazione ex art. 18 l. 8 marzo 2000, n. 53: per una efficace sintesi, S. LIEBMAN, *Il recesso individuale dal rapporto di lavoro*, in corso di pubblicazione in M. PERSIANI, S. LIEBMAN et ALII, *Fondamenti di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2013. A quelli appena menzionati si aggiunga il caso, oggetto della pronuncia Trib. Torino ord. 29.3.2013, est. Buzano – R.G. 11605/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, riguardante il licenziamento *ad nutum* di un lavoratore che, una volta raggiunto l’età pensionabile, aveva scelto di proseguire l’attività lavorativa, come consentito dall’art. 24, comma 4 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214), che esclude che estende gli effetti dell’art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, “*fino al proseguimento del limite massimo di flessibilità*” (fissato al compimento dei 70 anni del lavoratore), con la conseguenza che tale licenziamento *ad nutum* è stato ritenuto “*nullo per violazione di norme imperative*”.

¹¹² L. CALAFÀ, *op.cit.*, 122.

¹¹³ Trib. Bologna ord. 19.11.2012, est. Coco, in *ADL*, 2013, 1, 145; in *RIDL*, 2013, II, 271, con note di P. ICHINO, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, e F. SCARPELLI, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*; in *MGL*, 2013, 1/2, 36, con nota di A. VALLEBONA, *Reintegrazione per motivo illecito inventato: l'imprenditore onesto è un estorsore*.

dell'uniformazione del suo orario di lavoro – nel tempo e nella collocazione, con passaggio da part-time a full-time – a quello degli altri dipendenti ivi impiegati.

Ciò che più rileva nella decisione in questione, che pure coinvolge delicati aspetti legati al ruolo del *repêchage* specie a seguito della Riforma¹¹⁴, è il fatto che il Giudice abbia ritenuto il licenziamento in questione nullo¹¹⁵, in quanto, allo stesso tempo: i) disposto “*per motivo illecito ex art. 1345 c.c.*”, ii) avente “*carattere esclusivamente ritorsivo..e come tale discriminatorio*”; iii) “*riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge*”, con riferimento all'art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61. In particolare, ad avviso del Giudice, tale disposizione, che stabilisce che il rifiuto del passaggio dall'orario full-time al part-time (e viceversa) non possa costituire un giustificato motivo di licenziamento¹¹⁶, sarebbe stata violata dall'impresa nel momento in cui quest'ultima ha operato una coazione sulla lavoratrice per ottenere la sua accettazione di condizioni di lavoro diverse¹¹⁷, quale unica condizione per evitare il recesso.

Il caso presenta alcune affinità con quello deciso da Trib. Milano 11.2.2013¹¹⁸, che, pur relativa ad un recesso intimato nel vigore della previgente disciplina e dunque non soggetto al regime sanzionatorio, riguardava una Dirigente che, dopo aver comunicato di essere affetta da una patologia grave e permanente, era stata licenziata successivamente al – ad avviso del Giudice, a causa del – rifiuto¹¹⁹ da lei opposto di una ricollocazione, a parità di condizioni economiche, a diversa mansione, dalla stessa ritenuta dequalificante.

Nell'ordinanza in esame viene tracciata una chiara linea di confine tra discriminatorietà e “semplice” carenza di giustificazione del licenziamento. In particolare, la seconda sarebbe frutto di un “*un mero arbitrio*”, mentre la prima sarebbe caratterizzata dal “*quid pluris*” dell'essere il recesso determinato da un “*motivo odioso*”, ravvisabile, “*in assenza di un'obiettiva ragione del licenziamento*”, nella “*volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una*

¹¹⁴ A tal proposito, v. *infra*, nel paragrafo dedicato al nuovo regime sanzionatorio per il licenziamento viziato per carenza del dedotto giustificato motivo oggettivo.

¹¹⁵ Dalla dichiarazione di nullità del recesso per i – “vari” – vizi sopra elencati, è derivata la condanna, ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, della società alla reintegrazione della lavoratrice presso la stessa sede di destinazione proposta, ma con applicazione del precedente orario di lavoro, oltre naturalmente al risarcimento del danno.

¹¹⁶ In tema, si leggano i rilievi critici di S. BRUN, *Le prime applicazioni del “nuovo” art. 18 Stat. Lav. al licenziamento economico*, in ADL, 2013, 1, 160-161, che, richiamando condivisibilmente l'approfondita ricostruzione di M. BROLLO, *Tutela del lavoro a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro). Commento sub art. 5, commi 1, 2, 3, del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61*, in EAD. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, 2001, 130, ha censurato il riferimento da parte del Giudice all'art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, che impedisce che il licenziamento sia fondato solo sul rifiuto in sé e per sé della modifica di orario, ma che non preclude al datore di lavoro l'intimazione del recesso (né, si aggiunge, connota quest'ultimo di discriminatorietà), qualora il rifiuto della proposta entri in contrasto con le ragioni di carattere organizzativo di cui all'art. 3, 2 comma l. 15 luglio 1966, n. 604; similmente, P. SORDI, *op.cit.*, 264, nt. 21.

¹¹⁷ Più precisamente, “*deteriori*”, ad avviso del Giudice bolognese.

¹¹⁸ Trib. Milano ord. 11.2.2013, est. Colosimo – R.G. 14453/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21.

¹¹⁹ Più precisamente, la lavoratrice avrebbe dichiarato di “*non avere alternative se non quella di conformarmi a tale direttiva, e, al contempo, adottare le più opportune iniziative per difendere i miei diritti e interessi*”, il che, ad avviso del Giudice, non costituirebbe un rifiuto, ma “*l'esercizio di un diritto espressamente riconosciute dall'ordinamento*”.

sua caratteristica personale che lo contraddistingue”, ove quest’ultima rientri nelle categorie – tassativamente – individuate dalla Legge¹²⁰.

Ciò premesso, il Giudice aderisce ad una lettura ampia del concetto di “handicap”, categoria protetta dalla normativa antidiscriminatoria europea, riconducendo ad esso anche la malattia di lungo corso avente “l’attitudine ad incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore”¹²¹.

Nella decisione in esame, il riferimento, nella lettera di recesso, alla condizione di malattia ed il breve lasso temporale tra l’insorgenza della stessa e l’intimazione del licenziamento sono stati ritenuti elementi sufficienti per connotare “per tabulas” di discriminatorietà ed illiceità il provvedimento, anche se, con ogni probabilità, nel convincimento del Giudice hanno avuto un certo peso ulteriori elementi, relativi al contesto in cui è intervenuto il recesso, *in primis* alcune – inconferenti – censure mosse in giudizio dalla società circa presunti inadempimenti della lavoratrice.

Due paiono gli aspetti meritevoli di attenzione delle sentenze in esame.

Il primo, di carattere sostanziale e, dunque, valevole tanto *ante* quanto *post*-Riforma, riguarda l’individuazione della ragione del licenziamento in tali ipotesi, posto che, è quasi pleonastico dirlo, il motivo discriminatorio o ritorsivo non è mai dichiarato dal datore di lavoro¹²², ma viene individuato dal Giudice “sullo sfondo” delle ragioni dichiarate, di carattere soggettivo o oggettivo.

Pur non essendo questa la sede per approfondire tale complessa problematica, ci si potrebbe chiedere se la ragione del licenziamento, nei casi di specie, vada individuata nel rifiuto della modifica di orario e nella condizione di malattia, o, piuttosto, nell’esigenza aziendale di natura oggettiva di far fronte all’impossibilità di una prestazione¹²³, derivante dalla chiusura del negozio¹²⁴ nel primo caso, e dall’insorgenza della malattia, nel secondo caso, “fatti” alla base (ovvero “anteriori”) ad un tentativo di ricollocazione¹²⁵ precluso dal rifiuto – più o meno espresso¹²⁶ – da parte dei lavoratori coinvolti.

Le ordinanze sopra richiamate meritano particolare approfondimento in questa sede per il secondo aspetto sopra richiamato, attinente al “vizio del licenziamento”, come detto decisivo, nel

¹²⁰ In questo senso, il “quid pluris” rispetto all’assenza di giustificazione del licenziamento richiederebbe, secondo il Giudice, “la prova che la scelta del lavoratore da licenziare sia stata dettata da un’ingiustificata disparità di trattamento che trova la propria ragion d’essere in una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge”.

¹²¹ Il Giudice opera qui un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ed in particolare a quanto statuito nella nota decisione C.d.G. 11.7.2006, “Navas”, C-13/05, in *FI*, 2006, IV, 641; in *RIDL*, 2007, II, 750, con nota di G. GIAPPICHELLI.

¹²² P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 272.

¹²³ P. ICHINO, *op.ult.cit.*, 274.

¹²⁴ Del resto, come osserva F. SCARPELLI, *op.cit.*, 280, la chiusura del negozio non può essere considerata “di per sé e da sola” un (o il) fatto integrante il giustificato motivo oggettivo, integrando essa stessa “un processo che si sviluppa in un arco temporale e con variabili connessioni organizzative”.

¹²⁵ Spaziale e temporale nella prima (altro negozio ed altro orario), professionale nella seconda (diverse mansioni): ancora, sul problema del ripescaggio nel nuovo sistema sanzionatorio si rimanda alle riflessioni svolte *infra*.

¹²⁶ Come detto, nel caso posto all’attenzione del Giudice milanese, la lavoratrice non avrebbe rifiutato espressamente il cambio di mansioni, riservandosi però di impugnare giudizialmente tale modifica per la presunta natura dequalificante.

quadro sanzionatorio post-Riforma, per la scelta del rimedio applicabile: a prescindere dalla problematica relativa all'individuazione ed alla valutazione nel merito della ragione del recesso, le ordinanze in parola – specie la prima – sembrano costruire una generale (macro)categoria dell'illiceità/discriminatorietà del licenziamento, assorbente i motivi illeciti e discriminatori e, soprattutto, caratterizzata da una decisa traslazione verso le aree di "semplice" carenza di giustificazione, forse non a caso sanzionata con rimedi comunque più "blandi" nel nuovo sistema "modulato"¹²⁷.

Ci si potrebbe allora domandare, quasi provocatoriamente, se alla medesima soluzione si sarebbe giunti anche nel tempo pre-Riforma, o se, all'opposto, la più volte citata nuova "modulazione" delle tutele, che avrebbe dovuto rimanere "neutra" tanto rispetto alle causali quanto alle conseguenze del licenziamento discriminatorio, non abbia di fatto prodotto per via giudiziale l'espansione dell'ambito di quest'ultimo (*rectius*, della tutela offerta nei confronti di quest'ultimo) verso la carenza di giustificazione ed i relativi rimedi; in tal senso, le due pronunce ricordate parrebbero giungere, pur nella diversità dei presupposti teorici, ad effetti simili a quelli enucleati da una suggestiva ed articolata tesi dottrinale¹²⁸, favorevole all'estensione della discriminazione (e della relativa tutela) verso "l'area" della carenza di giustificazione.

Se, da un lato, quanto osservato parrebbe costituire una – prima¹²⁹ – prova di come risulti arduo intervenire solo sui rimedi avverso il licenziamento con l'idea di non generare alcun effetto sulle causali dello stesso, dall'altro lato, con particolare riferimento al licenziamento discriminatorio, il rischio concreto della costruzione di una categoria "onnicomprensiva" della discriminazione/illecità del licenziamento sarebbe quello di generare un'indebita sovrapposizione tra la valutazione di liceità e quella di giustificatezza del recesso¹³⁰, da cui discenderebbero, con riferimento alla situazione post-Riforma, vari effetti "a cascata".

¹²⁷ Come già previsto da M. MARAZZA, *op.cit.*, 615-616, che aveva anticipato la probabile "*vis expansiva*" del "vecchio" rimedio reintegratorio, con la conseguente attrazione di aree di illegittimità verso la discriminazione ed il motivo illecito.

¹²⁸ Si fa qui riferimento alla nota tesi di Maria Teresa Carinci, ad avviso della quale, in estrema sintesi, se le ragioni discriminatorie non sono un elenco tassativo, ma individuano interessi della sfera del lavoratore che il datore di lavoro non può violare, pena l'illiceità della causa, allora il licenziamento non sarebbe discriminatorio o illecito solo qualora perseguisse l'unico interesse datoriale ammesso, ovvero quello di garantire la funzionalità dell'organizzazione: ove, quindi, nel caso di licenziamento disciplinare, mancasse un qualsiasi inadempimento, il recesso assumerebbe il carattere di atto discriminatorio o illecito per carenza della causa in concreto che dovrebbe invece sorreggere lo stesso (così M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, 4, 553-564; EAD., *Il licenziamento discriminatorio o etc.*, cit., 650-651). Tuttavia, non è neppure corretto "appiattare" tale approfondita tesi su di un perfetto sillogismo "difetto di giustificazione-discriminatorietà del provvedimento", dal momento che la stessa A. ha precisato come vi possano essere casi – ad esempio in ipotesi di licenziamento disciplinare intimato per un "fatto" qualificabile come inadempimento imputabile di carattere "*meno che notevole*" – in cui il recesso, pur invalido, non risulterebbe connotato da causa illecita: M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo etc.*, cit., 1056). La tesi – solo sommariamente – descritta ha ricevuto numerosi rilievi critici in dottrina, basati, da un lato, sulla contrarietà di tale interpretazione con il nuovo regime sanzionatorio, caratterizzato da uno spazio residuale della reintegra [F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit. 314; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 544-550; M.T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro etc. cit.*, 223], dall'altro lato, sul piano dei presupposti teorici, in particolare rispetto al problema dell'individuazione della "causa" nell'atto di recesso datoriale (M. CORRIAS, *op.cit.*; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, 4, 679).

¹²⁹ V. *infra*.

¹³⁰ L. NOGLER, *op.ult.cit.*, 676.

Un primo “corollario” sarebbe la perdita di attualità della più volte citata “doppia fase” del giudizio, posto che dall’accertamento della discriminatorietà o illiceità del recesso discenderebbe, automaticamente ed a prescindere dalla soglia occupazionale, l’applicazione della tutela reintegratoria forte (senza bisogno di alcuno “sforzo” ulteriore da parte del Giudice nell’individuazione della sanzione).

Un secondo effetto, non meno rilevante sul piano pratico, sarebbe quello di alimentare quella “corsa alla discriminazione” che era stata sin da subito preannunciata dalla dottrina come possibile “antidoto” di parte al nuovo quadro sanzionatorio, la cui “modulazione” ha – come più volte ricordato – lasciato inalterato il regime di tutela nei confronti del licenziamento discriminatorio.

Allo stesso tempo, tuttavia, quasi specularmente, il rischio concreto sarebbe quello della “perdita di identità” del diritto antidiscriminatorio¹³¹, nato allo scopo di tutelare un soggetto, in un primo tempo, in quanto appartenente ad una “speciale” categoria e, in seguito, anche per aspetti legati alla sua identità soggettiva (si pensi alle “convinzioni personali”), contro comportamenti lesivi del datore di lavoro, ivi compreso il provvedimento espulsivo¹³².

Come è stato condivisibilmente rilevato, la protezione della diversità vieta disparità basate su alcuni specifici elementi o fattori, il cui numero ampio e crescente nel tempo non dovrebbe averne inficiato il carattere “finito”¹³³: altrimenti, non solo non avrebbe più senso la distinzione tra obbligo (*rectius*, singoli obblighi “ad hoc”) di parità di trattamento e divieto di discriminazione, ma si rischierebbe, quale effetto indesiderato, il riconoscimento di una minore tutela nei confronti dei lavoratori vittime di discriminazione “autentica”¹³⁴.

2.2. La perdurante attualità della distinzione tra il licenziamento discriminatorio e le altre ipotesi di nullità, oltre che di “semplice” carenza di giustificazione del recesso.

A chiarimento dei “nuovi” dubbi attorno ai confini del licenziamento discriminatorio, merita di essere allora segnalata la limpida, persuasiva lettura di Franco Carinci¹³⁵, ad avviso del quale andrebbe valorizzato il tradizionale collegamento, nelle disposizioni nazionali in materia di licenziamento discriminatorio (dall’art. 4 l. 15 luglio 1966, n. 604 all’art. 3 l. 11 maggio 1990, n. 108)¹³⁶,

¹³¹ Sui pericoli di un uso strumentale del diritto antidiscriminatorio, L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio etc.*, cit., 114 ss.

¹³² Cfr., con la consueta chiarezza, M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, 1, 143-147, la quale osserva come ai divieti di discriminazione non debba essere attribuito il ruolo di “soldati di Salamina”, ovvero di difensori ultimi della stabilità reale, pena la perdita della funzione propria del diritto antidiscriminatorio, avente lo scopo di offrire una protezione contro disuguaglianze di carattere sistematico o strutturale incidenti sull’identità soggettiva della persona, ben oltre i casi di “*mero arbitrio*” datoriale.

¹³³ P. CHIECO, *op.ult.cit.*, 281; similmente, A. VALLEBONA, *La Riforma del Lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 51; E. PASQUALETTO, *op.cit.*, 91; P. SORDI, *op.cit.*, 254.

¹³⁴ G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *LD*, 2012, 606, secondo la quale “*se ogni licenziamento illegittimo fosse discriminatorio, nessun licenziamento sarebbe mai qualificato come tale*”.

¹³⁵ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 313-322.

¹³⁶ L’A. citato propende per l’alternatività delle tutele offerte dall’art. 18 e dalla legislazione antidiscriminatoria di derivazione europea, nel cui ambito rileverebbe anche, se non soprattutto, “*l’effetto prodotto in modo diretto ed indiretto in termini di trattamento dispari rispetto ad un dato gruppo di riferimento*”: così, F. CARINCI, *op.ult.cit.*, 318. Del resto, la particolarità del procedimento e delle regole probatorie proprie della nuova fase della legislazione antidiscriminatoria di derivazione europea, possono rilevarsi in alcuni casi (si pensi alla prova c.d. “comparativa” ed ai correlati strumenti di carattere statistico) inutili, se non impropri, nel giudizio circa un licenziamento individuale discriminatorio: del resto, il semplice fatto di aver licenziato l’unico lavoratore di colore, o di religione indù,

tra la determinazione¹³⁷ o volontà del datore di lavoro di espellere un certo lavoratore e la sua caratteristica soggettiva “speciale” o tipica¹³⁸.

La descritta “prevalenza dell'elemento intenzionale/soggettivo su quello teleologico oggettivo”¹³⁹, da un lato, consentirebbe di evitare il rischio di tutelare *ipso facto* con la sanzione massima ogni licenziamento di persona *incidenter tantum* rientrante nella categoria protetta¹⁴⁰; dall'altro lato, non risulterebbe sprovvisto di tutela il lavoratore che, ove licenziato – unicamente¹⁴¹ – per una sua caratteristica personale, non rientrante nel novero di quelle “tipiche” (ossia discriminatorie), ma del pari illecita e caratterizzata dall'*animus nocendi* (come nei casi di licenziamento c.d. ritorsivo o di rappresaglia¹⁴²), potrebbe vedersi applicato il rimedio oggi espressamente previsto per le ipotesi di nullità per “*motivo illecito determinante*” dall'art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, così come nei casi di licenziamento discriminatorio, evidentemente sulla base dell'alternatività tra i loro presupposti e senza – più – bisogno di una “*vis expansiva*” del primo verso il – rimedio del – secondo¹⁴³.

Infatti, la sottoposizione al medesimo rimedio non consente di per sé di assimilare il licenziamento discriminatorio a quello ritorsivo¹⁴⁴; altrimenti, si osserva, anche il licenziamento orale, parimenti sanzionato ai sensi dell'art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, dovrebbe pure

ovvero omosessuale, tra i venti dipendenti in forza ad un'impresa non dimostra in sé che il licenziamento sia stato “*determinato da*” la caratteristica soggettiva, in assenza di altri elementi, anche di natura indiziaria. Sulla diversità del regime probatorio in materia di licenziamento discriminatorio in ambito nazionale e nel diritto antidiscriminatorio europeo, v. anche E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro etc.*, cit., 258.

¹³⁷ È nullo, in base all'art. 4 l. 15 luglio 1966, n. 604, il licenziamento “*determinato da ragioni...*”, così come è nullo, ai sensi dell'art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300, “*qualsiasi atto o patto diretto a...licenziare un lavoratore...a causa di...*”, con applicazione della stessa sanzione, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, ai “*patti o atti diretti ai fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso*”. Anche l'art. 3 l. 11 maggio 1990, n. 108, nel disciplinare gli effetti della dichiarazione di nullità del licenziamento discriminatorio, designa come tale quello “*determinato da ragioni discriminatorie*” ai sensi delle due disposizioni sopra citate.

¹³⁸ Sul licenziamento discriminatorio come “*istituto combinato*”, frutto dell'intersezione tra divieti di discriminazione e recesso del datore di lavoro, L. CALAFÀ, *op.ult.cit.*, 117.

¹³⁹ F. CARINCI, *op.ult.cit.*, 317, trattandosi di atti “*determinati da*” e non “*diretti a*”; nello stesso senso, A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in RIDL, 2012, I, 662; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 140; P. SORDI, *op.cit.*, 255; A.L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, cit., 107.

¹⁴⁰ Diversamente, si potrebbe verificare quell'effetto che a volte si sente evocare con riferimento a quei sistemi, come quello statunitense, ove il diritto antidiscriminatorio ha in parte sofferito alla tradizionale “*employment at-will doctrine*” (in sostanza, all'assenza di una previsione a livello federale circa la necessaria giustificazione del licenziamento), ad esclusivo appannaggio di categorie i cui contorni sono stati oggetto di progressiva estensione per via giurisprudenziale: in tema, T.C. KOHLER, *Restatement – Technique and Tradition in the United States*, in IJCLIR, 2008, 4, 469 ss., spec. 481-484; M. KITTNER, T.C. KOHLER, *Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law*, in CLL&PJ, 2000, 1, 21 ss.

¹⁴¹ Sul carattere necessariamente “*unico*” o “*esclusivo*”, oltre che “*determinante*”, del motivo illecito, P. CHIECO, *op.ult.cit.*, 292; R. DEL PUNTA, *op.cit.*, 355; L. NOGLER, *op.cit.*, 678; E. PASQUALETTO, *op.cit.*, 89; A.L. TERZI, *op.cit.*, 109; G. CANNATI, *op.cit.*, 207; P. SORDI, *loc.op.cit.*, 255; *contra*, M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o etc.*, cit., 650; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *op.cit.*, 751, nt. 25.

¹⁴² Del resto, già prima della Riforma la dottrina aveva distinto tra licenziamento discriminatorio e per motivo illecito, a prescindere dall'assimilazione tra i loro rimedi: cfr. L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, III, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, 2007, 2a ed., 402.

¹⁴³ L. CALAFÀ, *op.cit.*, 126; P. SORDI, *op.cit.*, 256.

¹⁴⁴ Così M. BARBERA, *op.cit.*, 147 e 151; M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity etc.*, cit., 454-460; E. PASQUALETTO, *op.cit.*, 97; M.T. CROTTI, M. MARZANI, *op.cit.*, 224-225, che pure propendono per una lettura “oggettiva” del licenziamento discriminatorio (basata sugli effetti dell'atto, a prescindere dagli intenti); *contra*, G. VIDIRI, *op.cit.*, 628, secondo cui non avrebbe perso attualità l'interpretazione giudiziale che assimilava il licenziamento ritorsivo alle ipotesi disciplinate dall'art. 3 l. 108/1990.

essere assimilato ad un'ipotesi di discriminazione del licenziamento, ed invece si tratta con tutta evidenza di un caso di inefficacia ("vera"¹⁴⁵) del recesso del tutto eterogeneo e soggetto a diverse regole anche sul piano probatorio¹⁴⁶.

Sulla scorta di tali rilievi, risulta opportuno richiamare due pronunce che hanno riguardato casi analoghi o comunque affini a quelli oggetto delle decisioni sopra richiamate, giungendo però a diverse conclusioni.

Si tratta, in particolare, di Trib. Milano 11.3.2013¹⁴⁷, avente ad oggetto un caso di licenziamento intimato per riduzione dell'attività e del fatturato, cui era seguita la proposta della società di accettare una riduzione dell'orario in alternativa al recesso¹⁴⁸: nel dichiarare infondata la pretesa avanzata dal lavoratore, il Giudice ha precisato che tale proposta "*non appare illecita e/o contraria ai principi di buona fede e correttezza contrattuale essendo evidentemente volta a favorire la conservazione del posto di lavoro con un orario compatibile con le ridotte esigenze imprenditoriali*", dovendosi escludere che l'intento illecito o discriminatorio possa essere "*identificato con il tentativo del datore di lavoro di conservare un posto di lavoro*".

Analogamente alla menzionata Trib. Milano 11.2.2013¹⁴⁹, la decisione Trib. Mantova 27.9.2012¹⁵⁰ ha riguardato un licenziamento¹⁵¹ per supposto giustificato motivo oggettivo individuato nell'inedoneità assoluta del lavoratore allo svolgimento delle mansioni di pertinenza per effetto di una malattia sopravvenuta. Di tale provvedimento il prestatore di lavoro aveva censurato la natura discriminatoria, avendo egli ricoperto il ruolo di rappresentante sindacale e avendo altresì agito giudizialmente in passato contro la società con pretese di carattere economico (nella specie, per il mancato riconoscimento di un premio). In questo caso, il Giudice ha escluso il ricorrere di un'ipotesi di discriminazione, osservando come, da un lato, il fatto che la società avesse resistito in giudizio avverso le pretese del lavoratore non potesse di per sé costituire una prova della natura discriminatoria del recesso, dall'altro lato, come neppure il ruolo di rappresentante sindacale

¹⁴⁵ V. *infra*, par. 4.

¹⁴⁶ Da ultimo, Trib. Milano ord. 11.2.2013, est. Bianchini – R.G. 12155/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, avente ad oggetto un caso di dedotto licenziamento orale, preceduto da una comunicazione di dimissioni al centro per l'impiego, con controfirma del lavoratore dallo stesso disconosciuta in sede di giudizio nei confronti del datore di lavoro rimasto contumace. È interessante notare come nell'ordinanza venga esplicitato che il regime probatorio in materia di licenziamento orale risulti inalterato dalla Riforma, richiedendo la prova dell'estromissione da parte del lavoratore e l'eventuale controprova del volontario allontanamento dello stesso in capo al datore di lavoro; nello stesso senso, in dottrina, G. VIDIRI, *op.ult.cit.*, 629. Del pari, il licenziamento della lavoratrice madre ex art. 54, commi 1, 6, 7 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, anch'esso rientrando nel regime rimediabile di cui al nuovo art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, non richiede alcuna prova da parte della lavoratrice madre circa un intento o *animus* discriminatorio/punitivo del datore di lavoro, risultando sufficiente l'essere stato il provvedimento intimato nel periodo dall'inizio della gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino: ciò è stato confermato da Trib. Vigevano ord. 20.3.2013, est. Occhiuto – R.G. 47/2013, in un caso in cui, peraltro, la società aveva – inutilmente – tentato di revocare il provvedimento, a seguito del deposito del ricorso (e dunque tardivamente) e con l'indicazione di nuove modalità e condizioni contrattuali, il che era stato correttamente qualificato dal Giudice quale nuova proposta contrattuale (e non "*revoca in senso stretto*" ex art. 1, comma 42 lett. b) l. 28 giugno 2012, n. 92), tale da richiedere il previo consenso del lavoratore (di natura costitutiva e non meramente ricognitiva).

¹⁴⁷ Trib. Milano ord. 11.3.2013, est. Scarzella – R.G. 1386/2013.

¹⁴⁸ Non può sfuggire sul punto l'affinità con il caso risolto da Trib. Bologna 19.11.2012, cit.

¹⁴⁹ Trib. Milano 11.2.2013, cit.

¹⁵⁰ Trib. Mantova ord. 27.9.2012, est. Bettini – R.G. 529/2012.

¹⁵¹ Si trattava, peraltro, anche in questo caso di un provvedimento espulsivo emesso (in data 4 luglio 2012 e dunque) nel vigore del "vecchio" art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300.

potesse rilevare ai medesimi fini, in assenza di “*precisi riscontri sul collegamento tra la qualifica rivestita dal lavoratore e l'intenzione della società di porre fine al rapporto di lavoro*”¹⁵².

Ad una diversa soluzione, all'interno di una vicenda in parte analoga ma pure caratterizzata da alcuni – decisivi – elementi difformi¹⁵³, è giunta invece Trib. Modena 14.6.2013¹⁵⁴: si trattava di un caso di licenziamento in tronco intimato subito dopo la richiesta del lavoratore di essere ricollocato ad altre mansioni a causa dell'insorgenza di una grave malattia. La missiva conteneva oltretutto una riserva di indicazione dei motivi del provvedimento espulsivo, individuati in sede di giudizio nel “*venire meno del vincolo fiduciario*” per il solo essersi il lavoratore rivolto ad un legale, oltre ad aver trasmesso alla società il certificato medico solo in prossimità della maturazione del composto ed aver presentato una domanda all'Inail per il riconoscimento della natura professionale della sua patologia. In tale ipotesi, il Giudice ha ritenuto il licenziamento “*di natura discriminatoria sotto il profilo della valenza ritorsiva o di rappresaglia*”, essendo stato intimato a fronte di – legittime – “*azioni a tutela dei propri diritti*” da parte del lavoratore, risultate sgradite al datore di lavoro. Ciò che merita di essere sottolineato è che, nel caso di specie, l'inequivocabile riferimento da parte del datore di lavoro al comportamento – del tutto lecito – del lavoratore ha di fatto esonerato quest'ultimo dall'onere di dimostrare l'intento ritorsivo – dunque illecito, non discriminatorio – alla base del provvedimento espulsivo.

Da ultimo, si è già dato atto di come gran parte delle decisioni esaminate, riguardanti l'impugnativa di un licenziamento individuale intimato nel periodo post-Riforma, si sia dovuta confrontare con una domanda avente ad oggetto l'accertamento della presunta natura discriminatoria del recesso.

Se in diversi casi il carattere quasi esplorativo della richiesta ha consentito ai Giudici di escludere la sussistenza di un licenziamento discriminatorio con una motivazione piuttosto concisa, alcuni provvedimenti hanno invece maggiormente approfondito la questione: sul punto, merita di essere menzionata la condivisibile presa di posizione di Trib. Milano 20.11.2012¹⁵⁵, che, pur basandosi su una non del tutto convincente assimilazione tra motivo illecito e discriminazione “*nella*

¹⁵² Peraltro, nel caso di specie, il Giudice ha accolto il ricorso in punto di carenza del dedotto giustificato motivo oggettivo, consistente nell'inidoneità sopravvenuta del lavoratore alle mansioni di “*cernita, confezione e cartonazione delle patate*”: innanzitutto, il Giudice ha operato una distinzione tra malattia e sopravvenuta inidoneità al lavoro, la prima avente carattere temporaneo e soggetta alle disposizioni dell'art. 2110 c.c., la seconda avente carattere permanente o di durata indeterminata o indeterminabile, con conseguente possibilità del datore di lavoro di recedere (*rectius*, risolvere il contratto ai sensi degli artt. 1256 e 1463 cod.civ.), in caso di impossibilità totale, “*indipendentemente dal superamento del periodo di comporta*”, e, in caso di impossibilità parziale, previa verifica della sussistenza dell'interesse del datore di lavoro nel ricevere l'adempimento parziale, da valutarsi ai sensi dell'art. 3 l. 5 luglio 1966, n. 604. Posto che, nel caso di specie, l'impossibilità risultava appunto parziale, essendo in grado il lavoratore di svolgere – con talune cautele – alcune delle mansioni di sua pertinenza (in particolare, la cernita delle patate), ed il licenziamento era stato disposto sul presupposto che l'impossibilità fosse invece totale, il Giudice ha quindi deciso di accogliere il ricorso, ravvisando “*almeno in parte insussistente la ragione del licenziamento*”.

¹⁵³ Cfr. Trib. Milano 11.2.2013, cit., oltre a Trib. Mantova 27.9.2012, cit.

¹⁵⁴ Trib. Modena ord. 14.6.2013, est. Vaccari – R.G. 151/2013.

¹⁵⁵ Trib. Milano ord. 20.11.2012, est. Casella – R.G. 11173/2012, in *RIDL*, 2013, II, 654, con nota di C. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*; in *ADL*, 2013, 1, 147, con nota di S. BRUN, *Le prime applicazioni del "nuovo" art. 18 Stat. Lav. al licenziamento economico*; in *MGL*, 2013, 1/2, 39, con nota di A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*; in *DRI*, 2013, 1, 152, con nota di G. SANTORO-PASSARELLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela reintegratoria*; in *LG*, 2013, 6, 581, con nota di D. ZANETTO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage dopo la Riforma Fornero*.

sua accezione più ampia”, ha escluso, in un caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a seguito della cessazione di un appalto, la discriminatorietà *in re ipsa* di tale recesso, intimato senza il previo assolvimento dell’obbligo di repêchage¹⁵⁶, in quanto “l’esistenza del fatto posto alla base del licenziamento (cessazione appalto) impedisce la configurazione del licenziamento come discriminatorio e/o ritorsivo”.

Ad avviso del Giudice, infatti, il licenziamento discriminatorio “non copre tutte le ipotesi di fatti non rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso”, ma attiene, “nella sua accezione più ampia”, unicamente a quei motivi che “integrano il perseguimento di finalità contrarie all’ordine pubblico, al buon costume o ad altri scopi espressamente proibiti dalla legge”.

Viceversa, l’ipotesi di un atto che riveli “altri fini”, ma non in sé confliggenti con tali divieti, non risulterebbe riconducibile alla “generale previsione dell’atto viziato da motivo illecito ex art. 1345 c.c.”; di conseguenza, conclude coerentemente il Giudice, la sola mancanza di giustificazione non può costituire un elemento di discriminatorietà o illiceità del recesso, pur potendo svolgere una funzione di prova indiziaria, da valutare unitamente ad altri elementi in grado di dimostrare che il provvedimento sia stato “determinato da” ragioni discriminatorie o illecite.

3. Il dirimente quanto complesso discrimen tra la “tutela reintegratoria attenuata” e la “tutela obbligatoria forte”.

In realtà, è proprio il *discrimen* tra la seconda e terza tutela accordata nel sistema “modulato” del “nuovo” art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 (ovvero tra la “reintegrazione attenuata” e la “tutela indennitaria forte”) a costituire il centro di ogni valutazione sul concreto impatto della Riforma¹⁵⁷, a meno di aprire all’ampia lettura del licenziamento discriminatorio dei cui possibili effetti “sistemici” si è già sufficientemente detto.

Volendo seguire, anche sul piano espositivo, la distinzione tra i “licenziamenti disciplinari”, quella “nuova categoria” comprensiva del recesso per giusta causa e per ragioni soggettive¹⁵⁸, ed i licenziamenti per ragioni oggettive, legate sia alla sfera dell’impresa sia a quella del lavoratore¹⁵⁹, si ricorda che, oggi, la c.d. “tutela reintegratoria attenuata” è prevista, nel primo caso, “per insussistenza del fatto, ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”¹⁶⁰, nel secondo caso, per “difetto di giustificazione del licenziamento intimato...per motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore”, ovvero per violazione dell’art. 2110, comma 2 cod.civ.; inoltre, in ipotesi di licenziamento per ragioni oggettive, il giudice “può”

¹⁵⁶ Per quanto riguarda la statuizione del Giudice a proposito della carenza del giustificato motivo oggettivo dedotto e delle relative conseguenze, v. *infra*, par. 3.2.

¹⁵⁷ M. BARBERA, *op.cit.*, 142, nt. 8.

¹⁵⁸ M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 St.Lav. per la riforma Fornero*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 49.

¹⁵⁹ In ogni caso estranee, in quest’ultima ipotesi, alla sfera disciplinare.

¹⁶⁰ Art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

disporre lo stesso rimedio qualora accerti la “*manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*”¹⁶¹.

3.1. Segue. Il “licenziamento disciplinare”.

Con riferimento al “*licenziamento disciplinare*”, il compito della giurisprudenza è risultato particolarmente arduo, essendosi gli interpreti posti forti dubbi innanzitutto circa il significato da attribuire al “*fatto oggetto di contestazione*” ai sensi dell’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, con particolare riferimento alla sua “*insussistenza*”, secondo la formula, dall’innegabile “*richiamo*” penalistico¹⁶², ivi utilizzata. Altrettanti punti interrogativi, si vedrà, hanno riguardato l’inedito effetto “*vincolante*” delle tipizzazioni delle condotte ad opera della contrattazione collettiva e dei codici disciplinari, anche rispetto ad un ipotetico ruolo, integrativo ovvero sussidiario, del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c., non solo nella valutazione circa la legittimità dell’atto di recesso, come in passato, ma oggi anche nella scelta della sanzione.

3.1.1. L’incerta individuazione del “fatto contestato” nel nuovo art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

Avuto riguardo al primo aspetto, occorre sin da subito distinguere l’opinione di chi ha ricondotto il “*fatto contestato*” al c.d. “*fatto materiale*”, consistente nella condotta o nell’omissione oggetto della contestazione¹⁶³, da quella di chi vi ha invece ravvisato gli estremi, non già di un comportamento – commissivo od omissivo – in senso naturalistico/oggettivo, bensì di un “*fatto giuridico*”¹⁶⁴ o, più propriamente, di un “*inadempimento contrattuale*”¹⁶⁵, comprensivo di tutti i suoi elementi, di carattere oggettivo e, secondo taluno, anche soggettivo¹⁶⁶.

¹⁶¹ Art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁶² Sulle profonde differenze, però, tra l’“*insussistenza del fatto*” ai sensi dell’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 e la medesima formula assolutoria prevista dall’art. 530 cod.proc.pen., A. MARCIANO, *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, in *LG*, 2013, 5, 445 ss.

¹⁶³ Propendo per tale interpretazione, sin da subito, A. MARESCA, *op.cit.*, 443; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 57, con la precisazione, però, che, ove si tratti di un fatto “*pretestuoso*” o “*bagattellare*”, pur “*sussistente*”, si ricadrebbe in ipotesi di frode alla legge; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare etc.*, cit., 53-54; F. SANTINI, *op.cit.*, 240; nonché, in ultimo, anche M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, 1, 6-11, ad avviso del quale il “*fatto*” ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 andrebbe individuato nel fatto materiale (condotta o omissione) posto in essere dal lavoratore ed oggetto di contestazione disciplinare, altrimenti il Giudice si troverebbe a “*valutare due volte lo stesso fatto*”, ossia nella decisione circa la legittimità del recesso ed in quella sulla sanzione applicabile in ipotesi di carenza di giustificazione; assai critico rispetto a tale lettura della nuova disposizione, P. ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, reperibile in www.dirittisocialiecittadinanza.it.

¹⁶⁴ V. *infra*.

¹⁶⁵ O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 248; G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 234; R. DEL PUNTA, *op.cit.*, 360-361; L. NOGLER, *op.cit.*, 684-685; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, 159; A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che interpretare*, in R. ZUCARO e M. FERRARESI (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, 2; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica...*, cit., 799; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 136; P. TOSI, *op.cit.*, 833; A.L. TERZI, *op.cit.*, 103; P. SORDI, *op.cit.*, 282; V. PAOLILLO, *op.cit.*, 467; C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1026.

¹⁶⁶ F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., 1115-1116, che osserva come l’espressione “*fatto giuridico*” risulti “*impropria agli occhi di un privatista ortodosso*”, anche se efficace per un giurista del lavoro; ID., *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 325; M. MARAZZA, *op.cit.*, 450; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 552-553; ID., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro etc.*, 332; P. ALBI, *Il licenziamento individuale etc.*, cit., 291, secondo cui il “*fatto*” è l’inadempimento comprensivo dell’elemento della colpevolezza (colpa grave, gravissima, o dolo); R. PENNUTO, *L’insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, in *LG*, 2013, 5, 456; G. CANNATI, *op.cit.*, 209; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel*

La giurisprudenza recentemente pronunciata in tema, almeno con riferimento alle ordinanze che si ha avuto modo di esaminare, pare aver aderito, in componente maggioritaria, alla seconda delle letture richiamate.

In primis merita di essere richiamata l'ormai nota e "capofila" Trib. Bologna 15.10.2012¹⁶⁷, che ha proposto una lettura del "fatto oggetto di contestazione"¹⁶⁸, rilevante ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, alla stregua di "Fatto Giuridico...inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo". Ad avviso del Giudice bolognese, infatti, l'espressione utilizzata dal Legislatore non potrebbe fare riferimento al "fatto materiale", altrimenti il rimedio meramente risarcitorio troverebbe applicazione in tutti i casi di "comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento di coscienza e volontà dell'azione", con il conseguente venir meno di ogni chance per lavoratore di accedere alla tutela reintegratoria in ipotesi di licenziamento disciplinare¹⁶⁹.

Si mostrano propensi ad una lettura del "fatto" comprensiva del duplice "punto di vista oggettivo e soggettivo", anche Trib. Milano 30.1.2013¹⁷⁰, Trib. Milano 18.12.2012¹⁷¹ e Trib. Ancona 26.11.2012¹⁷², la quale ultima, a proposito della prova della "insussistenza del fatto

nuovo art. 18: una chiave di lettura, in RIDL, 2012, II, 1068, ad avviso del quale, però, dovendosi distinguere tra "insussistenza" ed "inconsistenza", ogni valutazione sulla gravità del fatto, sugli elementi del contesto e sulla proporzionalità della sanzione apparterebbe al primo giudizio (sulla legittimità del licenziamento), mentre nella scelta della sanzione rientrerebbero – "semmai" – i profili soggettivi dell'azione o omissione, quali consapevolezza, intenzionalità o grado di dolo.

¹⁶⁷ Trib. Bologna ord. 15.10.2012, est. Marchesini – R.G. 2631/2012, in ADL, 2012, 4-5, 907, con commento di F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, 773 ss.; in FI, 2012, 11, 387; in DRI, 2012, 4, 1133, con nota di A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*; in RIDL, 2012, II, 1049, con nota di M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18 etc.*, cit., R. ROMEOI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della Legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*; in RGL, 2012, 4, 761, con nota di F. FABBRI, *Alcune considerazioni sulla insussistenza del fatto addebitato e sulle incongruenze del nuovo art. 18 Stat. Lav.*; in Corr.Merito, 2013, 3, 272, con nota di G. DIMARTINO, *Le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova dei fatti*.

¹⁶⁸ Nel caso di specie, l'aver replicato in modo inopportuno o addirittura offensivo ad un ordine aziendale ("parlare di pianificazione nel gruppo...è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda...").

¹⁶⁹ Il che, ad avviso del Giudice bolognese, risulterebbe "palesamente" in contrasto con i "principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo".

¹⁷⁰ Trib. Milano ord. 30.1.2013, est. Gasparini – R.G. 12337/2012, avente ad oggetto il licenziamento per giusta causa di un autista cui era stata imputata la responsabilità di un incidente verificatosi all'interno del piazzale della filiale della società, cui era seguito il danneggiamento del veicolo che egli conduceva. In tal caso, ad avviso del Giudice milanese, la società non aveva fornito "elementi a supporto dell'asserita violazione dell'obbligo di diligenza da parte del dipendente ed in particolare del comportamento avvertato nell'eseguire la manovra", con la conseguente esclusione di "qualsivoglia responsabilità in capo al lavoratore anche sotto il profilo soggettivo", anche alla luce della presenza di ulteriori elementi di segno opposto (la mancata segnalazione di alcuni oggetti, le condizioni climatiche avverse e la scarsa visibilità).

¹⁷¹ Trib. Milano ord. 18.12.2012, est. Scarzella – R.G. 12733/2012 (confermata dalla sentenza resa dallo stesso estensore in sede di reclamo: Trib. Milano 17.5.2013, est. Scarzella – R.G. 501/2013, in Boll. Spec. ADAPT, 2013, 21), avente ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo soggettivo intimato per "effettiva volontaria irreperibilità" (e, dunque, di "abbandono del posto di lavoro" ai sensi dell'art. 11 lett. f del CCNL di riferimento) di un medico durante un turno di servizio notturno. Dal momento che dall'istruttoria è emerso che il lavoratore si trovasse "verosimilmente" nell'area destinata dall'ospedale al medico di guardia, pur senza sentire lo squillo del cerca persone, il Giudice ha ravvisato nel licenziamento in questione un'ipotesi di "insussistenza del fatto contestato" ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁷² Trib. Ancona ord. 26.11.2012, est. Sbrano, in Boll. Spec. ADAPT, 2013, 21.

*contestato*¹⁷³, ha peraltro ritenuto che neppure una sentenza penale di condanna in primo grado, non ancora passata in giudicato, consenta di accertare *“oltre il ragionevole dubbio”* la *“sussistenza del fatto”* alla base del licenziamento disciplinare¹⁷⁴.

Ad analoghi esiti interpretativi, avuto riguardo al *“fatto oggetto di contestazione”*, è giunta anche Trib. Ravenna 18.3.2013¹⁷⁵, che, pur individuando nel caso di specie un’ipotesi di licenziamento discriminatorio (in particolare, per ragioni sindacali¹⁷⁶), ha svolto *a latere* alcune riflessioni interessanti a proposito del significato da attribuire al *“fatto”* nel licenziamento disciplinare post-Riforma. Anche ad avviso del Giudice di Ravenna, *“la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione non può che comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l’elemento oggettivo sia l’elemento soggettivo)”*, ma, si legge nell’ordinanza in esame, ciò deve avvenire *“alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata (secondo la legge ed il CCNL)”*; per l’effetto, posto che non sempre la fattispecie concreta (*“che si giudica in base alla contestazione”*) include *“una specifica connotazione dolosa”*, come nei casi di furto, tale indagine circa l’elemento soggettivo è non richiesta in tutti i casi, a differenza del requisito indefettibile dalla *“imputabilità della condotta (che richiede la capacità naturale e con esclusione dei casi di forza maggiore o caso fortuito)”*.

Sul punto si segnala allora quanto statuito da Trib. Trento 29.1.2013¹⁷⁷, che, in un caso di licenziamento disciplinare per – prolungata – *“assenza ingiustificata”*, ha accertato l’*“insussistenza del fatto contestato”* ai sensi dell’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, avendo escluso il carattere ingiustificato delle assenze. In sostanza, la pacifica sussistenza del *“fatto materiale”/assenza* non ha precluso al Giudice di verificare la connotazione della stessa in termini di inadempimento: mediante l’esame degli elementi addotti dal lavoratore a sostegno della tesi per cui si fosse

¹⁷³ Nella specie, la contestazione disciplinare concerneva la *“consapevole partecipazione ai furti”* del dipendente oggetto di accertamento in sede penale: si trattava, in particolare, di furto aggravato e di violazione della disciplina sulle accise, condotte che, sulla base della sentenza penale di condanna in primo grado, risultavano essere state commesse dal lavoratore in otto giornate dal gennaio al marzo 2007.

¹⁷⁴ Oltretutto, secondo il Giudice, la contestazione disciplinare ed il successivo licenziamento (risalenti, rispettivamente, al 2 e 14 agosto 2012), che avevano seguito la condanna del lavoratore in sede penale (dichiarata con sentenza del 30 luglio 2012), risultavano anche intempestivi, essendo intervenuti a distanza di diversi anni dalla presa di contezza dell’illecito del dipendente da parte della società, individuata dal Giudice *“quanto meno già all’atto dell’emissione del decreto di citazione in giudizio nel dicembre 2010, notificato al datore di lavoro quale persona offesa”*.

¹⁷⁵ Trib. Ravenna ord. 18.3.2013, est. Rivero, in RIDL, 2013, II, 549, con nota di G. BOLEGO, *Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012*; in LG, 2013, 6, 567, con nota di M.D. FERRARA, *I licenziamenti individuali nel prisma dell’applicazione responsabile delle nuove norme processuali e sostanziali*; in DRI, 2013, 3, 790, con nota di M. DEL FRATE, *Rimedi al licenziamento disciplinare illegittimo e principio di proporzionalità*.

¹⁷⁶ In particolare, il provvedimento è stato ritenuto dal Tribunale di Ravenna viziato *“sotto il profilo della discriminatorietà ed illiceità”*, essendo stato connotato da un *“fine illecito (sul piano sindacale e soggettivo)”*, dimostrato sulla base di una ricostruzione del *“contesto entro il quale è maturato”*, mediante una valutazione unitaria, quali *“elementi di prova idonei (gravi, precisi concordanti)”*, delle seguenti circostanze: a) l’iscrizione del lavoratore ad un sindacato (FIOM) avente *“rapporti tesi”* con l’azienda, sfociati in diversi contenziosi con condanna ex art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300; b) la diversità della condotta tenuta dalla società nel punire il lavoratore per un comportamento analogo a quello commesso anteriormente da altri dipendenti e dalla stessa in precedenza tollerato, se non accettato, e la contemporanea punizione con sanzioni più lievi di altri lavoratori autori di comportamenti giudicati *“assai più gravi”*; c) lo scarso, se non nullo, rilievo disciplinare dei fatti contestati al lavoratore, consistenti nell’aver prelevato, insieme ad altro lavoratore (rimasto impunito), un paio di scarpe da lavoro antinfortunistiche, usate e dal modico valore, e di averle consegnate ad altra lavoratrice, al momento priva di tale attrezzatura.

¹⁷⁷ Trib. Trento ord. 29.1.2013, est. Flaim – R.G. 564/2012, in www.dirittisocialitrentino.it.

trattato di un'assenza per ferie autorizzata (dunque, non *"ingiustificata"*), il Tribunale di Trento ha accertato la *"insussistenza del fatto contestato"* e, per l'effetto, riconosciuto al lavoratore la *"tutela reintegratoria attenuata"*.

Da ultimo, è oltremodo interessante rilevare un accentuato richiamo alla formula della *"insussistenza del fatto"* anche in pronunce che si sono espresse in senso sfavorevole al lavoratore e che hanno escluso l'illegittimità del licenziamento disciplinare sulla base della *"sussistenza del fatto"*.

A riguardo, si segnalano, a titolo esemplificativo, Trib. Milano 11.3.2013¹⁷⁸ e Trib. Milano 4.3.2013¹⁷⁹, in cui il rigetto della pretesa del lavoratore in punto di illegittimità del licenziamento disciplinare discendeva dalla *"sussistenza dei fatti addebitati"*, oltre che dalla proporzionalità della sanzione comminata; di più, si legge nella seconda ordinanza, *"va escluso che il licenziamento sia viziato sotto il profilo dell'insussistenza del fatto, tenuto conto che il fatto contestato e materialmente compiuto è certamente rilevante da un punto di vista giuridico"*.

Tuttavia, l'utilizzo – *a contrario* – dell'elemento (*"insussistenza del fatto"*) che il Legislatore aveva indicato ai fini della scelta del rimedio nei confronti di un licenziamento disciplinare ingiustificato per accertare la legittimità del provvedimento (per *"sussistenza del fatto"*¹⁸⁰), oltre a costituire un *vulnus* al più volte richiamato *"principio"* della separazione del giudizio in due distinte *"fasi"*, parrebbe costituire un secondo, significativo indizio circa l'osmosi tra causali e rimedi (in)intenzionalmente prodotta dalla Riforma, che aveva all'opposto, secondo i più¹⁸¹, lo scopo e l'effetto di rimanere *"neutra"* rispetto alle causali.

3.1.2 Il *"fatto"* rientrante *"tra le condotte punibili con una sanzione conservativa..."* ed il ruolo del principio di proporzionalità nel nuovo quadro sanzionatorio.

Ma, come previsto da attenta dottrina¹⁸², lo snodo interpretativo più problematico, anche per i suoi effetti sul contenzioso, del nuovo sistema dei rimedi in ipotesi di licenziamento disciplinare ha riguardato, più che la *"questione del fatto"*, la sussunzione (o, più problematicamente, la *sumsumibilità*) dello stesso all'interno delle declaratorie collettive o dei codici disciplinari, seconda (ed ultima) modalità di accesso alla tutela reintegratoria nel licenziamento disciplinare.

L'idea di un possibile riscontro *"fotografico"* tra il comportamento contestato e le varie ipotesi di condotta disciplinarmente rilevante tipizzate nelle declaratorie collettive e nei codici disciplinari,

¹⁷⁸ Trib. Milano ord. 11.3.2013, est. Bianchini – R.G. 13777/2012.

¹⁷⁹ Trib. Milano ord. 4.3.2013, est. Cipolla – R.G. 248/2013, relativa ad un licenziamento per giusta causa intimato per avere il lavoratore svolto una prestazione lavorativa a favore di un altro soggetto (nella specie, egli aveva effettuato alcune corse con il taxi la cui licenza era intestata alla moglie) durante un periodo di assenza per malattia (sindrome influenzale).

¹⁸⁰ *Rectius*, per *"esclusione dell'insussistenza del fatto"*.

¹⁸¹ V. *supra*.

¹⁸² M. PERSIANI, *op.cit.*, 13, il quale aveva intuito che *"i casi di licenziamento per fatto insussistente saranno ben inferiori a quelli relativi alla valutazione del fatto secondo i criteri dell'autonomia collettiva e del codice disciplinare"*.

già peraltro in precedenza “abbozzata” dalla l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. “Collegato Lavoro”)¹⁸³, si è rivelata in tutta la sua “ingenuità”¹⁸⁴ alla prova dei Giudici.

Tale proposito, infatti, non teneva evidentemente conto della normale ampiezza e, soprattutto, astrattezza delle formule utilizzate nei contratti collettivi e codici disciplinari¹⁸⁵, tanto da costringere gli interpreti ad interrogarsi sulle conseguenze – in particolare, sulla scelta della sanzione – della mancata menzione della condotta contestata al lavoratore da parte del contratto collettivo o del codice disciplinare applicato: se alcune voci hanno sostenuto che in tale ipotesi al lavoratore spetti unicamente il rimedio indennitario forte¹⁸⁶, altri autori hanno invece attribuito al Giudice la possibilità di integrare o correggere le disposizioni collettive anche ai fini della scelta della sanzione¹⁸⁷, secondo i più anche mediante il ricorso al criterio di proporzionalità ex art. 2106 c.c.¹⁸⁸.

In tal senso, oltre alla già citata pronuncia “prima” del Tribunale di Bologna, che, come rilevato da attenta dottrina¹⁸⁹, è stata decisa sulla base della sussunzione del fatto contestato tra le condotte punite dal contratto collettivo con una sanzione conservativa (oltre che sull’insussistenza dell’ormai noto “Fatto Giuridico”), si è assistito tra i primi provvedimenti ad un diffuso riconoscimento di questa seconda ipotesi di reintegra.

Su tutte, sembra spiccare la decisione Trib. Roma 4.4.2013¹⁹⁰, nella sua sostanziale contrarietà rispetto al disegno del Legislatore di operare una riduzione degli spazi riservati alla tutela ripristinatoria.

Il caso, in particolare, aveva ad oggetto il licenziamento per giusta causa intimato ad un lavoratore, operante con mansioni di addetto alle cuccette nei treni, per il comportamento dallo stesso tenuto nel corso di un viaggio notturno sulla tratta Palermo-Roma. In tale occasione, il dipendente aveva commesso una serie di irregolarità o mancanze – il cui “contenuto essenziale” era stato

¹⁸³ Cfr. art. 30, comma 3 l. 4 novembre 2010, n. 183, che ha stabilito che “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro...”. In tema, diffusamente, M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010. Commentario alla Legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 173-182.

¹⁸⁴ A. TURSI, *op.loc.ult.cit.*; A.L. TERZI, *op.cit.*, 104.

¹⁸⁵ Sul punto, diffusamente, C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1040. Ciò non toglie, però, come, già prima della disposizione in esame, un consolidato orientamento giurisprudenziale avesse escluso la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo di licenziamento in presenza di una disposizione collettiva che aveva espressamente previsto per la condotta tenuta dal lavoratore l’irrogazione di una sanzione conservativa: sul punto, M. DEL CONTE, B. FRATELLO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni soggettive*, in corso di pubblicazione in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Trattato breve: il nuovo mercato del lavoro*, Utet, Torino, 2013.

¹⁸⁶ M. MARAZZA, *op.cit.*, 624; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare etc.*, cit., 55; P. SORDI, *op.cit.*, 294.

¹⁸⁷ Favorevole ad una integrazione per le ipotesi non individuate puntualmente nelle declaratorie collettive, R. Del Punta, *op.cit.*, 361, pur senza il ricorso alla valutazione di proporzionalità ex art. 2106 c.c.

¹⁸⁸ M. PERSIANI, *op.cit.*, 14; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., 1118; ID., *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 328, con la precisazione, però, che, nel giudizio rispetto alla sanzione, il fatto “da incasellare” debba essere comunque “scorporato dal contesto del rapporto”; O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 249; P. TULLINI, *op.cit.*, 163; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 555; G. CANNATI, *op.cit.*, 210-213; V. PAOLILLO, *op.cit.*, 467; *contra*, R. PENNUTO, *op.cit.*, 457, secondo cui la valutazione della proporzionalità del licenziamento ex art. 2106 c.c. riguarderebbe unicamente la “prima fase” del giudizio e, dunque, non la seconda, relativa alla scelta della sanzione.

¹⁸⁹ M. PERSIANI, *op.cit.*, 12, nt. 33.

¹⁹⁰ Trib. Roma ord. 8.4.2013, est. Armone – R.G. 32596/2012, in *LG*, 2013, 7, 747,

confermato dall'istruttoria – connotate, singolarmente e soprattutto nell'insieme, da una certa gravità¹⁹¹.

Ebbene, attraverso la "scomposizione" della condotta del lavoratore in singole specifiche mancanze ed il loro "morbido" confronto con le declaratorie collettive in punto di sanzioni disciplinari¹⁹², il Giudice, oltre ad aver dichiarato l'illegittimità del licenziamento – nel caso di specie, tutt'altro che scontata – per sproporzione, è giunto per la stessa ragione all'applicazione della sanzione reintegratoria, riconoscendo peraltro *a latere* come alcuni dei "fatti" addebitati risultassero in ogni caso "insussistenti" o "ampiamente giustificati" o "non ampiamente provati"¹⁹³.

Al di là di questa ipotesi, si segnala che in diversi casi la genericità delle previsioni collettive ha costretto, come ampiamente previsto dalla dottrina¹⁹⁴, i Giudici ad una complessa opera di interpretazione ed adeguamento delle disposizioni generiche contenute nei contratti collettivi e nei codici disciplinari: così Trib. Bologna 25.9.2012¹⁹⁵, Trib. Milano 28.1.2013¹⁹⁶ e Trib. Bologna 22.3.2013¹⁹⁷.

¹⁹¹ Tra queste: i) l'occupazione di uno scompartimento destinato ai passeggeri, ii) l'irreperibilità durante la tratta notturna; iii) l'omissione del servizio di sveglia e distribuzione dei giornali e delle colazioni ai passeggeri; iv) l'aver tenuto un comportamento ingiurioso e minaccioso nei confronti del personale del treno, avendo proferito, all'indirizzo della caposervizio che lo aveva ripreso per le sue inadempienze verso i passeggeri l'espressione "i ferrovieri che si mettono contro di me in tribunale perdono sempre" e "io non ti farò più lavorare sui treni", e di un altro dipendente addetto a mansioni di cuccettista l'epiteto "tu sei un pezzo di...".

¹⁹² Su tutte, dettagliatamente elencate nell'ordinanza e confrontate con le "tipizzazioni" contenute nel contratto collettivo di riferimento, si evidenzia come il Giudice romano abbia, da un lato, ritenuto l'espressione ingiuriosa rivolta al cuccettista "non particolarmente offensiva", dall'altro lato, valutato la condotta tenuta con la capotreno alla stregua di una "insubordinazione non lieve", "più che indecorosa", ma non per questo di carattere offensivo, visto che "la minaccia non pare grave perché proviene da un soggetto in senso lato subordinato alla persona minacciata e dunque con capacità intimidatoria limitata, anche perché il male ingiusto paventato non attiene alla sfera fisica...": in ogni caso, rileva il Giudice, il CCNL punisce con la sanzione espulsiva "solo le condotte che siano sfociate in vie di fatto o che abbiano provocato risse nel luogo di lavoro", mentre la sospensione deve essere comminata in ipotesi di "minacce, ingiurie gravi e manifestazioni calunniose e diffamatorie".

¹⁹³ Il Giudice precisa però opportunamente che anche uno solo dei due vizi indicati all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300 possa (*rectius*, debba) portare alla reintegrazione, stante l'utilizzo, nella disposizione in parola, della "congiunzione disgiuntiva ovvero".

¹⁹⁴ A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema etc.*, cit., 671, che aveva preannunciato il "diffuso esercizio giurisprudenziale di interpretazioni estensive o analogiche delle condotte illecite specificamente ritenute compatibili con la continuità del rapporto".

¹⁹⁵ Trib. Bologna ord. 25.9.2012, est. Coco – R.G. 2602/2012, avente ad oggetto il licenziamento disciplinare di un lavoratore che aveva ommesso di portare sulla persona l'arma in dotazione (in qualità di guardia giurata), avendola riposta altrove, in un cassetto chiuso a chiave: tale comportamento è stato ricondotto dal Giudice bolognese alle "ipotesi di irregolare/negligente adempimento della prestazione lavorativa sanzionate dall'art. 101 del CCNL di riferimento", per le quali la disciplina contrattuale prevede l'irrogazione di una sanzione conservativa, ed al lavoratore è stata quindi concessa la "tutela reintegratoria attenuata" ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁹⁶ Trib. Milano ord. 28.1.2013, est. Lualdi – R.G. 14796/2012 ove, in ipotesi di licenziato per giusta causa a seguito di incidente stradale causato colpevolmente dal lavoratore adibito a mansioni di autista, è stato dal Giudice rilevato come "l'art. 29 del CCNL di riferimento esclude la riconducibilità immediata dal sinistro, pure causato per colpa del lavoratore, alla sanzione del licenziamento in tronco prevedendo espressamente che in caso di ritiro della patente dell'autista (ipotesi ragionevolmente connessa ad un elevato grado di responsabilità del conducente) lo stesso abbia comunque diritto alla conservazione del posto per un periodo di sei mesi".

¹⁹⁷ Trib. Bologna ord. 22.3.2013, est. Sorgi – R.G. 3484/2012, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, che, relativamente ad un episodio di "risa" (secondo la prospettiva aziendale) o di "risposta ad un'aggressione" (secondo la difesa del lavoratore), ha comunque ritenuto "compatibile con il comportamento del ricorrente" la condotta enucleata dall'art. 32 CCNL Logistica, consistente in "qualunque atto che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene e alla sicurezza dell'azienda" e ivi sanzionata con la sola multa. Nel caso in esame, peraltro, tale valutazione avrebbe comportato l'applicazione del rimedio di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, ma, alla luce del profilo associativo (essendo il lavoratore socio di cooperativa) caratterizzante il rapporto tra le parti e la conseguente impossibilità di ricostituire il rapporto, il Giudice ha applicato la "tutela indennitaria forte" di cui all'art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300.

Nell'impossibilità di una agevole sussunzione dei "fatti" oggetto di contestazione con le condotte elencate nei contratti collettivi o nei codici disciplinari, alcuni provvedimenti hanno ritenuto di operare un confronto anche con comportamenti "*analoghi*" a quelli ivi previsti, mediante un implicito (Trib. Milano 1.3.2013¹⁹⁸ e Trib. Milano 20.3.2013¹⁹⁹) o esplicito (Trib. Roma 14.1.2013²⁰⁰) richiamo al principio di proporzionalità *ex art.* 2106 c.c., anche ai fini della determinazione della sanzione.

Ciò detto, è indubbio che se tale soluzione esegetica dovesse consolidarsi, le ipotesi di irrogazione della sanzione indennitaria in caso di licenziamento disciplinare ingiustificato risulterebbero del tutto eccezionali, se non difficilmente individuabili, il che costituirebbe un segno di continuità con il passato, sicuramente, assai lontano dall'*intentio* originaria del Legislatore e, molto probabilmente, anche dalla sua *ratio* finale²⁰¹, pur largamente ascrivibile alla laconicità del nuovo testo normativo.

In questo senso, merita di essere letto con attenzione quanto statuito da Trib. Voghera 14.3.2013²⁰², laddove la mancata presenza della condotta contestata tra quelle tipizzate dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare ha condotto *ipso facto* al riconoscimento dell'indennità risarcitoria *ex art.* 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento per sproporzione.

¹⁹⁸ Trib. Milano ord. 1.3.2013, est. Scarzella – R.G. 14681/2012, avente ad oggetto un licenziamento disciplinare di un autista incaricato del trasporto di merce di valore che, fermatosi in un'area di sosta a causa di un malfunzionamento dei fari, non aveva vigilato sul carico assegnatogli, che era stato trafugato da ignoti. All'esito di tale giudizio, il "fatto" addebitato è stato ritenuto assimilabile, "*per analogia di gravità*", alle condotte elencate all'art. 32 comma 1-3 del CCNL di categoria, che prevede l'erogazione della multa in caso di commissione di "*qualunque atto che porti pregiudizio alla sicurezza dell'azienda*" e della sospensione in ipotesi di "*sottrazione agli obblighi di lavoro con sotterfugi o omissioni, incidenti o ripetute mancanze previste dalla multa*", ed al lavoratore è stata dunque concessa la "tutela reintegratoria attenuata" *ex art.* 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

¹⁹⁹ Trib. Milano ord. 20.3.2013, est. Scarzella, laddove, in ipotesi di comportamento più che inopportuno di un lavoratore nei confronti di due colleghe (consistente in ripetuti apprezzamenti fisici, inviti galanti e saluti ben più che calorosi, quali un "*colpo con il dorso della mano sul fondoschiena*"), è stata accertata "*la sproporzionalità del recesso*" rispetto alla gravità delle condotte tenute dal dipendente, e, alla luce della "*espressa ricomprensione di condotte contrarie al dovere di diligenza, ai regolamenti interni, alla disciplina e alla morale, compresi i casi recanti pregiudizio alla persona, nelle ipotesi giustificanti l'adozione di sanzioni disciplinari di tipo conservativo ex art. 52 CCNL di riferimento*", è stata disposta la reintegra dello stesso ai sensi dell'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁰ Trib. Roma ord. 14.1.2013, est. Valle – R.G. 35289/2012, ove si legge che, pur prevedendo anche l'art. 56 del CCNL di settore "*le sanzioni dell'ammonizione scritta o del rimprovero verbale per il dipendente che non rispetti l'orario di lavoro o le formalità per il controllo delle presenze*", "*la mancata richiesta di un permesso per assentarsi al fine di espletare attività di assistenza in una causa civile...e l'omessa comunicazione di tale assenza, in assoluta carenza di altri procedimenti disciplinari...e nell'ambito dello svolgimento di attività sindacale...non è suscettibile di dare luogo...nel necessario rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza della sanzione di cui all'art. 2106 c.c. all'espulsione definitiva dalla compagine aziendale*", con conseguente applicazione, nel caso di specie, del rimedio di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰¹ V. *supra*.

²⁰² Trib. Voghera ord. 14.3.2013, est. Dossi – R.G. 1/2013, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2013, con nota di E. GRAMANO, *Illegittimità del licenziamento disciplinare e tutele del lavoratore nel nuovo art. 18 st. lav.*, ove il Giudice, dopo aver valutato i "*fatti contestati*" sussistenti nel "*loro nucleo essenziale*", ha accertato che questi ultimi non rientrassero tra quelli "*per i quali la contrattazione collettiva prevede l'applicazione di sanzioni conservative*" (non essendo "*le condotte accertate riconducibili ad alcuna delle fattispecie di illecito tipizzate dall'art. 64 del CCNL applicato*") e, per l'effetto, applicato il rimedio di cui all'art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300 in un caso di licenziamento dichiarato illegittimo per difetto di proporzionalità.

Analogamente, il diritto del lavoratore alla “tutela indennitaria forte” è stato riconosciuto da Trib. Milano 16.4.2013²⁰³ e Trib. Milano 28.12.2012²⁰⁴, in ipotesi di mancata indicazione puntuale (e di produzione in giudizio) da parte dello stesso della declaratoria collettiva che avrebbe asseritamente punito il suo comportamento con sanzione più blanda²⁰⁵.

3.2. Segue. Il licenziamento per ragioni oggettive.

Come già ricordato, il licenziamento per ragioni oggettive contemplato nel nuovo sistema sanzionatorio copre sia quello c.d. “economico” o “per ragioni economiche”, sia quello legato alla sfera del lavoratore ed estraneo a profili disciplinari.

Se nei casi del licenziamento disposto per inidoneità psicofisica sopravvenuta o per scadenza del periodo di comporto, la conseguenza dell’eventuale illegittimità del recesso non può che essere la “reintegrazione attenuata” del lavoratore²⁰⁶, non essendo concessa al Giudice alcuna discrezionalità nella scelta della sanzione, per il licenziamento per ragioni oggettive rientrante nella sfera dell’art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604²⁰⁷, il Giudice, almeno apparentemente²⁰⁸, “può” disporre tale tutela solo in presenza della (o di una) “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento...”²⁰⁹.

3.2.1 Il problema della “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo”

Due paiono gli interrogativi più spinosi sollevati dalla nuova disposizione²¹⁰.

Innanzitutto, ci si è chiesti in cosa consista quel “fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo”, ai sensi dell’art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300: nuovamente, si tratta del “fatto

²⁰³ Trib. Milano ord. 16.4.2013, est. Porcelli – R.G. 2894/2013, nonché, a cura del medesimo estensore, Trib. Milano 23.4.2013, est. Porcelli, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, ove, avendo accertato la “piena sussistenza del fatto contestato inteso come comportamento disciplinarmente rilevante”, il Giudice, pur rilevando la sproporzione del provvedimento rispetto alla gravità dell’inadempimento del dipendente, ha disposto la condanna della società alla corresponsione a favore di quest’ultimo dell’indennità ex art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300, non avendo lo stesso “allegato e prodotto le disposizioni del CCNL o del codice disciplinare sui comportamenti passibili di sanzione conservativa”, utili ai fini della valutazione circa l’applicabilità del rimedio ex art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁴ Trib. Milano ord. 28.12.2012, est. Cipolla – R.G. 13537/2012, ove si rileva come “la difesa della parte ricorrente nemmeno compie lo sforzo di individuare quale sanzione ritiene astrattamente applicabile e la ragione per la quale la ritiene integrata dalla condotta posta in essere dal ricorrente”, la quale, precisa il Giudice, era stata dimostrata dalla società in giudizio nella sua “materialità”, con conseguente applicazione al licenziamento impugnato, non integrante gli estremi della giusta causa, del rimedio indennitario di cui all’art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁵ *Contra*, Trib. Bologna 25.9.2012, *cit.*, che ha acquisito d’ufficio lo stralcio del CCNL applicato al rapporto in esame ai fini della verifica circa la sussumibilità del “fatto” tra le condotte ivi previste ai sensi ed agli effetti dell’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²⁰⁶ T. ORRÙ, *I licenziamenti per motivi di salute*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, *cit.*, 133.

²⁰⁷ Risulta peraltro difficile comprendere se nel motivo oggettivo la cui manifesta insussistenza “può” dar luogo alla reintegra in forma attenuata rientrino pure quei fatti inerenti alla sfera soggettiva del lavoratore, diversi dall’inidoneità sopravvenuta e dalla scadenza del periodo di comporto, parimenti privi di rilievo disciplinare: si pensi in particolare, al motivo oggettivo per “factum principis”, ovvero all’ipotesi di carcerazione preventiva del lavoratore: in senso favorevole, C. PONTIERO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, 1, 88-89; P. SORDI, *op.cit.*, 298.

²⁰⁸ Ovvero sulla base del dato testuale: sul punto, però, *infra*.

²⁰⁹ Cfr. art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300.

²¹⁰ Per un’efficace sintesi, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, 3, 576-577.

materiale” addotto dal datore di lavoro (la chiusura dello stabilimento, la difficile situazione finanziaria dell’impresa, così come risultante dal bilancio), o, ancora, di un “fatto giuridico”, consistente, nel licenziamento per ragioni economiche, in quell’insieme di scelte, valutazioni e decisioni che integrano tale motivo ai sensi dell’art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604 e che comprendono la scelta aziendale, il nesso di causalità della stessa con il licenziamento del singolo lavoratore e l’esperimento del tentativo di ripescaggio?

Dubbi ancor più si sono posti rispetto ai caratteri che renderebbero (*rectius*, qualificherebbero) tale “fatto”, “materiale” o “giuridico” che sia, “*manifestamente insussistente*”, e non già *sic et simpliciter* “insussistente”.

Volendo concentrare l’attenzione *in primis* su quest’ultimo aspetto, è stato da più parti sottolineato come l’aggettivo “*manifesta*” costituisca evidentemente il frutto di una svista o di un “*infortunio linguistico*”²¹¹ del legislatore, posto che il termine non aggiungerebbe nulla al piano dell’accertamento dell’esistenza di un “fatto” che *in rerum natura* esiste o non esiste e che, dunque, non può manifestamente esistere o non esistere²¹²; sicché tale riferimento normativo non farebbe che introdurre un ulteriore elemento di criticità all’interno di una disposizione già di complessa interpretazione²¹³, con ovvie implicazioni anche in termini di maggiori spazi per la tanto temuta discrezionalità giudiziaria²¹⁴.

Nel tentativo di attribuire un qualche significato all’aggettivo “*manifesta*”, un’opinione autorevolmente sostenuta assegna primario rilievo al piano probatorio²¹⁵, di tal che il carattere “*manifesto*” connoterebbe il grado di certezza processuale – non, dunque, naturalistico/esistenziale – del “fatto materiale”²¹⁶ o della ragione oggettiva dedotta²¹⁷.

A tale tesi si potrebbe obiettare come non risulterebbe del tutto agevole la concreta “misurazione” del grado di insufficienza sul piano probatorio circa la sussistenza del “fatto”.

²¹¹ Su tutti, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 560.

²¹² F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*, cit., 88.

²¹³ A. RUSSO, *Modelli di regolazione del rapporto di lavoro*, in F. BASENGHI-L.E. GOLZIO (a cura di), *Regole, politiche e metodo. L’eredità di Marco Biagi nelle relazioni di lavoro di oggi*, Giappichelli, Torino, 2013, 215.

²¹⁴ P. TOSI, *op.cit.*, 834; M. MEUCCI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, reperibile sul sito <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro/3206.aspx>, 2.

²¹⁵ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 333; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 561; ID., *Il licenziamento per giusta causa etc.*, cit., 341; L. NOGLER, *op.cit.*, 685; F. SCARPELLI, *loc.op.ult.cit.*

²¹⁶ Sul punto, merita di essere richiamata la suggestiva ed argomentata tesi di A. PERULLI, *Efficient Breach etc.*, cit., 579-581, il quale, pur partendo dall’analoga considerazione per cui un fatto “*sul piano fenomenologico*” non può che essere o non essere, nota come, se già con l’art. 30, comma 3 della l. 4 novembre 2010, n. 183, si era assistito al tentativo di spingere il Giudice alla verifica della sussistenza materiale della ragione dedotta, più che della presenza del giustificato motivo, oggi la “*manifesta insussistenza del fatto*” e, conseguentemente, l’accesso al rimedio reintegratorio discenderebbe dall’accertamento dell’insussistenza del “fatto” sul piano materiale, mentre la sanzione indennitaria andrebbe riconosciuta nei casi di “fatto materiale” esistente ma non integrante i presupposti del giustificato motivo oggettivo; nello stesso senso, P. SORDI, *op.cit.*, 301.

²¹⁷ C. PONTERIO, *op.ult.cit.*, 81, che ricorda il riferimento, contenuto nell’art. 23 legge n. 87 del 1953, alla “*non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale*”, che implica il giudizio circa la congruità di una questione o di un’interpretazione, senza alcuna necessaria connessione con aspetti “fenomenologici”.

In proposito, diverse voci hanno sostenuto che si dovrebbe trattare di una carenza emergente “*ictu oculi*”²¹⁸, tale da non richiedere l’assunzione di ulteriori prove da parte del Giudice²¹⁹, in pratica di tutti quei casi nei quali quest’ultimo, anche in passato, avrebbe avuto sufficienti elementi per decidere la causa già “*in prima udienza*”²²⁰; diversamente, quando al Giudice verrebbe richiesto un accertamento, anche confermativo di una prova già consistente ma non ancora sufficiente, si cadrebbe al di fuori dell’ipotesi di “*manifesta insussistenza del fatto...*”, con esclusione, di conseguenza, di ogni *chance* di accesso alla “*tutela reintegratoria attenuata*”²²¹.

Certo, accogliendo la lettura in parola, tale forma di tutela risulterebbe, nel licenziamento per ragioni economiche, destinataria di uno spazio applicativo assai ridotto, restando relegata a quei casi “*grossolani*”²²² di decisioni così “*infondate o pretestuose*”²²³ da far “*percepire*” (sul piano valutativo, non sensoriale) il *fumus*²²⁴ di un motivo illecito o discriminatorio²²⁵ non compiutamente dedotto e, soprattutto, dimostrato dal lavoratore in giudizio²²⁶.

Ancora, aderendo all’interpretazione prospettata, lo stesso, apparentemente indecifrabile, “*può*”²²⁷ potrebbe acquistare un senso, costituendo il segno della volontà legislativa di privare il Giudice di quel “*potere*” di reintegra verso il quale, nel malcelato (retro)pensiero del Legislatore, egli parrebbe invece tendere quasi “*naturalmente*”; quel “*può*”, infatti, ove letto in uno con la “*manifesta insussistenza*”, quasi alla stregua di “*un’endiadi*”²²⁸, sarebbe dunque ascrivibile, più che ad un “*infortunio linguistico*”, ad una “*spia linguistica*” propria di un “*messaggio di policy*”²²⁹ trasferitosi dall’*intentio* originaria alla *ratio* finale della norma²³⁰.

²¹⁸ A. ZAMBELLI, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012, 116.

²¹⁹ C. PONTERIO, *op.loc.ult.cit.*, che adduce, quali esempi di “*manifesta insussistenza del fatto*”, le ipotesi della chiusura, mai verificatasi, di un reparto o di un punto vendita, dell’acquisto, mai avvenuto, di un macchinario, del licenziamento di un dipendente per crisi aziendale, seguito dall’assunzione di uno o più dipendenti per lo svolgimento delle mansioni proprie del lavoratore estromesso.

²²⁰ M. BIASI, *The Effects of the World Crisis on Employment Law and Industrial Relations: report on Italy*, in corso di pubblicazione in *CLL&PJ*, 2013.

²²¹ G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 238.

²²² A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. CARINCI, M. MISCHIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 67; similmente, P. TULLINI, *op.loc.ult.cit.*

²²³ T. TREU, *op.cit.*, 40; in senso analogo, secondo P. TOSI, *op.cit.*, 834, si tratterebbe di situazioni “*in cui dal comportamento del datore di lavoro risulti inequivocabilmente, per tabulas, contraddetto il motivo addotto*”, o, ancora, secondo A. VALLEBONA, *L’ingiustificata qualificazione etc.*, cit., 624, di ipotesi di “*torto marcio*” del datore di lavoro.

²²⁴ Criticamente, un “*fumus mali iuris*”, secondo S. LIEBMAN, E. GRAMANO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni oggettive*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Trattato breve: il nuovo mercato del lavoro*, cit.

²²⁵ Segnalano opportunamente la complessità della distinzione in concreto tra l’ipotesi di “*manifesta insussistenza*” ed i casi di licenziamento per motivo illecito o discriminatorio, O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 251 e P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti etc.*, cit., 16. Secondo M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, cit., 264-265, il concetto di “*manifesta insussistenza del fatto*” (da intendersi, ad avviso dell’A. citato, “*in senso materiale*”), sarebbe qualcosa di qualitativamente diverso, tanto dalla mancanza dei presupposti del licenziamento per ragioni oggettive, quanto da quelli del licenziamento discriminatorio, collocandosi in una “*posizione intermedia*”.

²²⁶ Del resto, ove tale prova fosse stata fornita dal lavoratore, anche per mezzo di strumenti di carattere indiziario, si rientrerebbe invece nell’area della “*tutela reintegratoria piena*” ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, su cui v. *retro*.

²²⁷ Sul “*può*”, si veda *infra*.

²²⁸ A. PALLADINI, *La nuova disciplina etc.*, cit., 668.

²²⁹ P. TULLINI, *op.cit.*, 165.

²³⁰ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 331.

Venendo all'esame dei primi provvedimenti emessi in tema, al momento si segnala che, nella decisione Trib. Milano 11.3.2013²³¹, è stata riconosciuta la “*manifesta insussistenza del fatto posto alla base*” di un giustificato motivo intimato “*per riduzione dell'attività giustificata da una contrazione del sistema produttivo dovuto a provvedimenti di carattere generale straordinario e alla conseguente riduzione dell'attività*”.

Essendo la società rimasta contumace in sede processuale²³², il Giudice milanese ha ritenuto “*perciò solo*” applicabile il rimedio “*reintegratorio*”, nella forma “*attenuata*” ex art. 18, commi 4 e 7, il che parrebbe offrire un argomento, pur non dirimente, a favore della tesi secondo cui la “*manifesta insussistenza*”, tanto del “*fatto*” quanto della “*ragione*” addotta a sostegno del giustificato motivo oggettivo, non possa che essere valutata sulla base del quadro probatorio, per definizione “*manifestamente*” carente nei casi di contumacia del datore di lavoro.

Certo, per il definitivo consolidarsi dell'opinione descritta, difetterebbe *in toto* la controprova, consistente in – almeno – una decisione che intervenga all'esito di un giudizio in cui la società si costituisca e adduca uno o più “*fatti*” (o ragioni) che si rivelino, sin da subito²³³, “*manifestamente insussistenti*”.

Di tal guisa, si può al momento rilevare come, in attesa dei nuovi responsi giurisprudenziali, non possa ancora ritenersi chiarito quale sia il *discrimen* tra “*manifesta insussistenza*” e – *mera* – insussistenza del “*fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo*” ai sensi dell'art. 18, comma 7 l. 20 maggio 1970, n. 300.

3.2.2. “*Manifesta insussistenza*” e obbligo di *repêchage*.

Strettamente connessa alla problematica da ultimo esaminata, si colloca la “*questione del repêchage*”, in buona parte legata all'incerta base dogmatica di tale istituto di origine giurisprudenziale²³⁴.

Ci si è infatti chiesti se la prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, in alternativa al recesso, debba essere collocata “*dentro la fattispecie*”, rientrando tra gli “*estremi*” del giustificato motivo, al pari della soppressione del posto e del nesso di causalità, o, all'opposto, se si tratti di un elemento “*successivo*” (o, meglio, esterno) rispetto alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, perfettamente integrato, nei suoi presupposti, dalla ragione addotta e dal nesso di causalità.

²³¹ Trib. Milano ord. 11.3.2013, est. Perillo – R.G. 1049/2013.

²³² Rimanendo contumace, la società è giocoforza decaduta dalla facoltà di provare la fondatezza delle circostanze poste alla base del provvedimento espulsivo.

²³³ Ossia, sin da subito, dalla mera lettura degli atti, ovvero all'esito di un accertamento probatorio sommario, secondo le caratteristiche del nuovo “*Rito Fornero*”, sul quale, come detto, si avrà modo di soffermarsi nel prossimo contributo.

²³⁴ In tema, da ultimo, C. PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la <creazione> si espande al pari dell'incertezza*, in *MGL*, 2013, 4, 186 ss., al quale si rinvia per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

Aderendo alla prima lettura²³⁵, il mancato esperimento del ripescaggio potrebbe condurre alla “manifesta insussistenza del fatto...”, condizionando in tal modo la facoltà²³⁶, o l’obbligo²³⁷, a seconda di come si interpreti l’ormai noto “può”, del Giudice di disporre la reintegra.

Accedendo alla seconda opinione²³⁸, invece, il *repêchage* non rientrerebbe in alcun modo tra gli elementi in grado di condurre all’accertamento della “manifesta insussistenza del fatto...”, e, dunque, si tratterebbe di uno di quei casi – se non il caso – di illegittimità del licenziamento per ragioni oggettive per cui la legge prevede il rimedio della “tutela indennitaria forte”.

In questa seconda direzione pare si siano orientate le prime ordinanze pronunciate sul punto.

In particolare, nella già richiamata Trib. Milano 20.11.2012²³⁹, avente ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a seguito di cessazione dell’appalto cui il lavoratore era addetto, si legge che la mancata prova dell’impossibilità di reimpiegare quest’ultimo in altri

²³⁵ M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o etc.*, cit., 658, secondo la quale la modifica organizzativa, il nesso ed il *repêchage* sono angoli visuali da cui guardare al giustificato motivo oggettivo, che, dunque, o ricorrerebbe in tutti i suoi elementi, o non ricorrerebbe affatto; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto etc.*, cit., 800-801; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 137-138; P. SORDI, *op.cit.*, 303; M. MARAZZA, *op.cit.*, 629, che però pare dubbioso all’idea che il mancato assolvimento dell’obbligo di *repêchage* possa rientrare nell’ipotesi della “manifesta insussistenza”; analogamente, P. TULLINI, *op.cit.*, 168; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale etc.*, cit., 563-564; F. SCARPELLI, *op.loc.ult.cit.* Sempre secondo la prospettiva in esame, si è sostenuto che all’interno della fattispecie del giustificato motivo oggettivo possa rientrare anche il c.d. “*repêchage infragruppo*”: O. RAZZOLINI, *Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità nell’era della flexicurity*, in *RGL*, 2013, 1, 50, nt. 91.

²³⁶ Escludono la possibilità di attribuire al “può” il significato di un “deve”, pur nella diversità dei presupposti e delle condizioni individuate per l’esercizio di tale scelta, più o meno discrezionale, da parte del Giudice: M. PERSIANI, *op.cit.*, 1; C. PISANI, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *MGL*, 2012, 10, 745; A. TOPO, *op.ult.cit.*, 68; V. SPEZIALE, *op.ult.cit.*, 568-560, che pure ravvisa nella norma un difetto di ragionevolezza ai sensi dell’art. 3 Cost., a fronte dell’assenza della medesima “facoltà” del Giudice nel decidere il rimedio applicabile in ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo; O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 252, che a sua volta rileva l’irragionevolezza di tale previsione; F. SCARPELLI, *op.loc.ult.cit.*; S. LIEBMAN, *Il recesso individuale dal rapporto di lavoro*, cit., secondo cui andrebbe valorizzato “il senso e la funzione della particolare procedura preventiva prevista in caso di licenziamento per motivi economici”, fornendo, “attraverso i parametri del corretto svolgimento della procedura e del comportamento tenuto dalle parti in quella occasione, un qualche criterio oggettivo da offrire al giudice per ancorare la propria decisione”; A. VALLEBONA, *L’ingiustificatezza qualificata etc.*, cit., 624, ad avviso del quale si tratterebbe di una decisione da adottare “secondo equità”; R. DEL PUNTA, *op.ult.cit.*, 361, che si esprime in termini di “*trapianto nell’ordinamento di pezzo di modello tedesco*”; similmente, M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, cit., 266, secondo cui il Giudice avrebbe la facoltà di valutare caso per caso l’opportunità del reinserimento in azienda del lavoratore sulla base della situazione concreta e dei rapporti tra le parti; G. VIDIRI, *op.ult.cit.*, 648, che individua nel “può” un elemento di discrezionalità del Giudice, da esercitare secondo i criteri della lite temeraria ex art. 96 cod.proc.civ. e tenendo presente altresì il comportamento delle parti nella procedura conciliativa.

²³⁷ Interpretano il “può” come un “deve”: A. MARESCA, *op.cit.*, 449; G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 238; P. SORDI, *op.cit.*, 311; C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1046; A. PERULLI, *Efficient Breach etc.*, cit., 580-581; Id., *Fatto e valutazione giuridica etc.*, cit. 291, il quale ritiene l’interpretazione in parola l’unica in grado di scongiurare l’illegittimità costituzionale della disposizione per contrasto con l’art. 3 Cost.

²³⁸ M. PERSIANI, *op.cit.*, 18, nt. 48, che rileva come si possa parlare di *repêchage* solo “dopo” che sia stata accertata l’esistenza del giustificato motivo oggettivo dedotto, come confermerebbe il fatto che le modalità dell’espletamento del “ripescaggio” dipendano proprio dalle caratteristiche della ragione oggettiva adottata; F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 334; G. SANTORO-PASSARELLI, *op.ult.cit.*, 236-237, ad avviso del quale l’interpretazione in parola si avvarrebbe di quella lettura del *repêchage* che onera il lavoratore di indicare l’esistenza di posti alternativi e, pertanto, di introdurre in giudizio tale questione, della quale il giudice altrimenti non si occuperebbe, limitandosi a dichiarare legittimo il licenziamento per sussistenza della ragione adottata; R. DEL PUNTA, *op.loc.ult.cit.*; P. TOSI, *loc.op.ult.cit.*; A. RUSSO, *Modelli di regolazione del rapporto di lavoro etc.*, cit., 215; C. PISANI, *op.ult.cit.*, 192; L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 250; A. TOPO, *op.ult.cit.*, 70.

²³⁹ Trib. Milano 20.11.2012, est. Casella, cit.

appalti, pur rendendo illegittimo il recesso intimato, “*esula propriamente dal fatto posto a fondamento del licenziamento, costituendone invero una «conseguenza»*”²⁴⁰.

Ad avviso del Giudice milanese, infatti, (solo) “*una volta venuta meno la posizione lavorativa, il datore di lavoro è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell’esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del lavoratore all’interno dell’azienda*”²⁴¹.

Analoghe considerazioni vengono svolte da Trib. Milano 29.3.2013²⁴², avente ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo per soppressione della posizione lavorativa, ritenuto legittimo nel caso di specie dal Giudice, il quale, del pari, non ha rilevato alcuna violazione dell’obbligo di *repêchage*, posta la non ricollocabilità della lavoratrice nelle posizioni lavorative alternative dalla stessa indicate.

Nel rigettare la pretesa della lavoratrice, il Giudice ha svolto, evidentemente in forma di *obiter dictum*²⁴³, alcune interessanti riflessioni circa le conseguenze, nel nuovo quadro sanzionatorio dell’art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, dell’eventuale violazione dell’obbligo di *repêchage*, individuando in quest’ultimo una “*figura giuridica che presuppone l’effettiva eliminazione della posizione lavorativa occupata dalla risorsa espulsa, essendo evidente come, altrimenti, non vi sia alcuna necessità di ricollocare il dipendente in altra e diversa posizione lavorativa*”; da ciò discenderebbe che “*la problematica del repêchage è estranea al concetto di manifesta insussistenza di cui all’art. 18, comma 7, L. n. 300/1970*”, presupponendo, da un lato, “*l’effettività della ragione...posta alla base del licenziamento*”, dall’altro lato, “*la possibilità – muovendo da una verifica successiva al fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire «a valle» di detto «fatto» – di evitare la risoluzione del rapporto, ricollocando il dipendente in altra posizione lavorativa*”.

Di conseguenza, conclude il Giudice milanese, laddove il recesso sia viziato per mancato assolvimento dell’onere di *repêchage*, la conseguenza non potrebbe che essere il riconoscimento della tutela (indennitaria forte) di cui all’art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300, e non della tutela (reintegratoria attenuata) ex art. 18 commi 7 e 4 della medesima legge.

4. I vizi procedurali e la “tutela indennitaria ridotta”.

L’ultima forma di tutela nel nuovo regime sanzionatorio “modulato” si applica nei casi di “*inefficiacia*” del licenziamento indicati nell’art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300, in presenza dei

²⁴⁰ In termini di obbligo di *repêchage* quale “*conseguenza*” del giustificato motivo oggettivo si esprime testualmente anche C. COLSIMO, *op.cit.*, 1048; in proposito, si legga il commento di M. FERRARESI, *L’art. 18 dello Statuto etc.*, cit., 348, che ritiene condivisibile la soluzione sul punto, anche se “*ricostruita in modo non pienamente perspicuo*”.

²⁴¹ A tale accertamento era seguita la condanna della società alla corresponsione dell’indennità risarcitoria ex art. 18, commi 5-7 l. 20 maggio 1970, n. 300, determinata nella misura “*equa*” di 20 mensilità, “*vista l’anzianità lavorativa del ricorrente, e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell’attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, nonché della totale assenza della procedura preventiva di conciliazione*”.

²⁴² Trib. Milano ord. 29.3.2013, est. Greco – R.G. 1612/2013.

²⁴³ Avendo rigettato interamente le pretese della lavoratrice, il Giudice non era infatti tenuto a precisare quali avrebbero (o non avrebbero) potuto essere i rimedi in ipotesi di pronuncia alla stessa favorevole.

quali, a differenza che in ipotesi di licenziamento orale²⁴⁴, l'atto di recesso risulta comunque idoneo a produrre l'effetto estintivo sul rapporto, pur comportando il vizio procedurale il pagamento dell'indennità risarcitoria ridotta²⁴⁵.

In particolare, la "tutela indennitaria ridotta" si applica in ipotesi di "violazione" del requisito di motivazione del licenziamento ex art. 2, comma 2 l. 15 luglio 1966, n. 604, della procedura di contestazione disciplinare ex art. 7 l. 20 maggio 1970, n. 300, nonché della "nuova" procedura preventiva al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 (su cui v. *infra*).

Sempre l'art. 18, comma 6 l. 20 maggio 2012, n. 92 specifica che tale rimedio si applichi nelle situazioni appena elencate, "a meno che il Giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto e settimo".

La Legge, quindi, ha, almeno sulla carta, cura di precisare che al lavoratore è garantito il diritto di accedere alla tutela più forte in contemporanea presenza di un vizio di merito del provvedimento e di una violazione di tipo procedurale.

4.1 Vizi procedurali e "merito" del licenziamento.

Se il vizio procedurale "assoluto", ovvero la mancanza di forma scritta dell'atto di recesso, riceve nel nuovo regime modulato la sanzione massima²⁴⁶, gli "altri" vizi procedurali vengono dunque "puniti" con la misura – indennitaria – minima, pur risultando solo in apparenza meno gravi, dal momento che si possono risolvere in una lesione del diritto di difesa del lavoratore in grado di incidere sulle sue concrete possibilità di contestare in giudizio la carenza di giustificazione del recesso²⁴⁷.

Tanto in ipotesi di licenziamento disciplinare, quanto di licenziamento per motivo oggettivo, il datore di lavoro potrebbe addirittura trovare in certi casi conveniente non contestare o non motivare per esteso il recesso, in modo tale da relegare "al buio" ogni doglianza riguardante profili diversi da quello del vizio formale dell'atto, come visto – più – blandemente sanzionato²⁴⁸.

In una simile prospettiva, si è sostenuto che si debba distinguere tra una motivazione carente in senso assoluto ed una motivazione che, incompleta o frammentaria, risulti pur sempre in grado di far comprendere al lavoratore – ed eventualmente contestare in giudizio – le ragioni del licenziamento²⁴⁹.

²⁴⁴ Condivisibilmente critico sul "doppio uso" del termine "inefficace" nel nuovo art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, F. CARINCI, *Il licenziamento inefficace*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 72 ss.

²⁴⁵ In sostanza, si tratterebbe di un licenziamento "inefficace solo a parole, ma effettivo a pieno titolo, come tale idoneo a far cessare il rapporto al solo costo di un'indennità risarcitoria debole": così F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit., 307; in termini di "singolare inefficacia", P. SORDI, *op.cit.*, 318.

²⁴⁶ Si tratta della tutela reintegratoria forte ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, su cui v. *retro*.

²⁴⁷ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento etc.*, cit., 544; G. CANNATI, *op.cit.*, 203; L. ZOPPOLI, *op.cit.*, 144.

²⁴⁸ Sull'assenza dell'interesse datoriale all'accertamento dell'inadempimento da parte del lavoratore e sul conseguente "uso strumentale del potere disciplinare", in ipotesi di mancata contestazione dell'addebito, A.L. TERZI, *op. cit.*, 111.

²⁴⁹ P. SORDI, *op.cit.*, 325; V. PAOLILLO, *op.cit.*, 470-472.

Si pensi ad un caso, come quello all'esame di Trib. Milano 9.3.2013²⁵⁰, in cui la lettera di recesso per superamento del periodo di comporto conteneva la mera menzione dell'avvenuto superamento dello stesso "già da tempo": nel ritenere tale licenziamento inefficace ex art. 2, comma 2 l. 15 luglio 1966, n. 604 e nel condannare la società al pagamento dell'indennità ex art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300²⁵¹, il Giudice ha insistito sul fatto che la lettera di recesso esprimesse "pur sempre, anche se in maniera generica, la volontà della resistente di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo": di conseguenza, non poteva ritenersi in contestazione la giustificazione del recesso, ma solo la lacunosità della sua motivazione sul piano formale.

Ancor più controversa risulta l'ipotesi di un licenziamento disciplinare intimato in assenza di preventiva contestazione dell'addebito.

Se più voci hanno sostenuto che tale mancanza debba condurre all'accertamento dell'"*insussistenza del fatto contestato*" di cui all'art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300²⁵², altra parte della dottrina ha rilevato come il nuovo regime sanzionatorio preveda un'apposita sanzione per la "violazione" (e, dunque, anche per l'omissione) della procedura di contestazione disciplinare, e che quindi eventuali carenze di quest'ultima non possano condurre *ipso facto* all'applicazione di un rimedio che presuppone l'accertamento in sede processuale della "insussistenza" della mancanza imputata al lavoratore²⁵³.

Diverso è il caso di una contestazione disciplinare ritualmente effettuata, ma di contenuto generico, che, al pari di una motivazione del recesso incompleta, non sembra privare il lavoratore della possibilità di conoscere, pur non compiutamente, i fatti addebitatigli e, dunque, di predisporre la propria strategia difensiva.

Si segnala sul punto Trib. Milano 22.1.2013²⁵⁴, che ha ritenuto generica la contestazione dell'addebito, mossa, almeno in un primo momento²⁵⁵, con la sola indicazione della "fine del mese di luglio" come periodo di commissione di un "fatto" puntualmente ricostruito nei suoi elementi dalla società, con conseguente applicazione della sanzione ex art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300.

La medesima tutela è stata riconosciuta al lavoratore da Trib. Ancona 31.1.2013²⁵⁶, in ipotesi di mancato rispetto dei termini di apertura del procedimento disciplinare stabiliti dalla

²⁵⁰ Trib. Milano ord. 9.3.2013, est. Scarzella – R.G. 31/2013.

²⁵¹ Il Giudice milanese ha disposto il pagamento dell'indennità risarcitoria "nella misura di dieci mensilità...tenuto conto della palese genericità della motivazione in esame e della durata del rapporto".

²⁵² F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit., 309; C. COLOSIMO, *op.cit.*, 1035, A. PALLADINI, *La nuova disciplina etc.*, cit., 675, anche nel caso di motivazione del recesso del tutto carente; similmente, G. CANNATI, *op.ult.cit.*, 204.

²⁵³ M. TREMOLADA, *op.ult.cit.*, 57.

²⁵⁴ Trib. Milano ord. 22.1.2013, est. Cuomo – R.G. 14951/2012.

²⁵⁵ Solo a seguito delle controdeduzioni del lavoratore, e dunque tardivamente secondo il Giudice, la società aveva precisato che i fatti contestati, consistenti nella consumazione di un rapporto sessuale "di gruppo" durante l'orario di lavoro e nella successiva richiesta di mantere il riserbo al collega "estraneo" ai fatti e degli stessi "scopritore" (anch'egli svolgente mansioni di guardia giurata presso la Stazione Centrale di Milano), si erano consumati nelle giornate del 4 e 5 agosto 2012.

²⁵⁶ Trib. Ancona ord. 31.1.2013, est. Sbano, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21, che peraltro ha escluso l'illegittimità del licenziamento "nel merito", dopo aver "escluso l'insussistenza del fatto contestato" ed aver operato il confronto tra quest'ultimo, di "oggettiva gravità", e le condotte indicate – "con estrema genericità" – nel codice disciplinare applicato.

contrattazione collettiva.

Ad esiti interpretativi diversi, sempre con riferimento ad una contestazione disciplinare mossa tardivamente²⁵⁷, è giunta invece Trib. Milano 27.3.2013²⁵⁸, ove si è ritenuto, perverso non troppo limpidamente, che “*la violazione del principio di immediatezza*” comportasse, “*tenuto conto della mancata contestazione da parte del lavoratore del fatto addebitato nella sua dimensione oggettiva e soggettiva (che non consente di escludere la sussistenza del fatto addebitato ai sensi dell’art. 18, comma 4)*”, l’applicazione del “rimedio risarcitorio forte” ex art. 18, comma 5 l. 20 maggio 1970, n. 300.

4.2. Ambito e scopi della “nuova” procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 ed effetti del suo mancato o irregolare espletamento.

Un vivace dibattito ha poi interessato i confini dell’obbligo procedurale anteriore all’irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, disciplinato dal “nuovo” art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604, il cui mancato o erroneo espletamento costituisce uno dei presupposti per la pronuncia di inefficacia ai sensi dell’art. 18, comma 6 l. 20 maggio 1970, n. 300.

Due, in sostanza, i quesiti che si sono all’uopo posti: da un lato, se la procedura vada esperita per tutti i casi di giustificato motivo oggettivo, ovvero solo per i licenziamenti per ragioni connesse alla sfera dell’impresa; dall’altro lato, se il mancato o incompleto espletamento della procedura possa avere rilevanza anche sul giudizio circa il merito del licenziamento, ovvero sulla scelta della sanzione applicabile.

Passando all’esame del primo aspetto, secondo larga parte della dottrina la procedura andrebbe esperita solo anteriormente ai licenziamenti “economici”, ovvero intimati (o intimandi) per un giustificato motivo oggettivo afferente alla sfera dell’impresa²⁵⁹, con esclusione, dunque, dei recessi disposti sia per inidoneità psico-fisica sopravvenuta sia per scadenza del periodo di comportamento.

Secondo altri, invece, l’obbligo procedurale riguarderebbe tutte le ipotesi di giustificato motivo oggettivo, comprese quelle legate alla sfera del lavoratore²⁶⁰.

Sul punto la giurisprudenza sembra essersi divisa.

²⁵⁷ Si trattava, in particolare, di irregolarità commesse dal dipendente in un lasso di tempo dal 2009 al 2011, nell’ambito della conclusione di operazioni commerciali con un cliente straniero; di tali circostanze, si legge nell’ordinanza, la società era venuta a conoscenza all’esito di un’ispezione interna conclusasi nel febbraio 2012, alla quale era seguita, a distanza di oltre un mese (e, dunque, tardivamente), la lettera di contestazione al lavoratore.

²⁵⁸ Trib. Milano ord. 27.3.2013, cit., relativa, peraltro, ad un licenziamento intimato in data 4.4.2012, e dunque in periodo ante-Riforma: sul punto, v. *retro*.

²⁵⁹ P. TULLINI, *op.cit.*, 157; G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. AMATO E R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n.92 del 2012 etc.*, cit., 181.

²⁶⁰ D. BORGHESI-G. PELLACANI, *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 254; P. SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in ID. (a cura di), *La riforma del lavoro..etc.*, cit., 235-236, con esclusione però, oltre che dei casi di impossibilità totale della prestazione lavorativa, del licenziamento per superamento del periodo di comportamento; F. SCARPELLI, *op.cit.*, 85, che estende invece l’obbligatorietà della procedura anche a quest’ultima ipotesi di licenziamento.

Da una parte, Trib. Milano 22.3.2013²⁶¹ e Trib. Perugia 7.3.2012²⁶², aventi ad oggetto rispettivamente un licenziamento intimato per scadenza del periodo di comporto ed uno per inidoneità fisica sopravvenuta²⁶³, hanno ritenuto applicabile la procedura per tali “tipi” di licenziamento per ragioni oggettive, nel cui ambito non andrebbe esclusa a priori la possibilità di una preventiva valutazione sulla ricollocabilità del dipendente presso l’organo terzo ed indipendente indicato dall’art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604.

Altra parte della giurisprudenza ha escluso l’onere procedurale per il licenziamento per superamento del periodo di comporto²⁶⁴, così come per le ipotesi di inidoneità psicofisica permanente sopravvenuta²⁶⁵, in entrambi i casi perché la procedura, come del resto indicato nel comma 1 dell’art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604, riguarderebbe “il licenziamento di cui all’art. 3, seconda parte” della medesima Legge, e, dunque, quello “determinato da ragioni interenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”²⁶⁶.

Al fine di fare maggiore – o, almeno, parziale – chiarezza sul punto, è in seguito intervenuto l’art. 7, comma 4 d.l. 28.6.2013²⁶⁷, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99²⁶⁸, che, nel modificare l’art. 7, comma 6 l. 15 luglio 1966, n. 604, ha espressamente escluso che la procedura in parola si applichi ai licenziamenti per superamento del periodo di comporto e ai licenziamenti effettuati a seguito di un cambio di appalto con successiva assunzione presso il datore di lavoro subentrante, in virtù di clausole collettive di garanzia occupazionale, nonché ai licenziamenti e alla interruzioni di lavoro per completamento delle attività e chiusura del cantiere, nel settore delle costruzioni edili²⁶⁹.

Tale precisazione, però, se pare dirimere la questione con riferimento al licenziamento per superamento del periodo di comporto, non consente di escludere che la procedura debba essere

²⁶¹ Trib. Milano ord. 22.3.2013, est. Atanasio – R.G. 1299/2013; si veda, poi, Trib. Milano 1.7.2013, est. Atanasio – R.G. 5919/2013, emessa all’esito di giudizio di reclamo e – non sorprendentemente – confermativa dell’orientamento espresso in primo grado dallo stesso Giudice.

²⁶² Trib. Perugia ord. 7.3.2012, est. Claudiani – R.G. 1843/2012, che, oltretutto, ha condannato il datore di lavoro alla corresponsione dell’indennità risarcitoria nella misura massima di 12 mensilità, sulla base della “gravità della violazione formale (radicale omissione della procedura)”.

²⁶³ Nel caso in questione, peraltro, si trattava di un’inidoneità psico-fisica che aveva determinato, non tanto e non solo l’impossibilità della prestazione, ma anche la revoca della nomina a guardia giurata da parte del Prefetto, il che avrebbe potuto generare un dubbio sulla natura dell’impossibilità sopravvenuta: per *factum principis* ovvero per inidoneità psico-fisica sopravvenuta alla prestazione?

²⁶⁴ Trib. Milano ord. 5.3.2013, est. Casella – R.G. 96/2013, in linea con le indicazioni sul punto della Circolare del Ministero del lavoro n. 3 del 16.1.2013.

²⁶⁵ Trib. Taranto ord. 16.1.2013, est. Solo.

²⁶⁶ Ad avviso del Tribunale di Taranto, il licenziamento per inidoneità psico-fisica a svolgere le mansioni rientrerebbe “nell’ambito dell’impossibilità definitiva, totale o parziale, allo svolgimento della prestazione lavorativa (artt. 1256 e 1258 codice civile), che consente appunto la risoluzione del contratto...ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c.”, contemplando un presupposto affatto diverso per la cessazione del rapporto dal giustificato motivo oggettivo di cui all’art. 3, comma 2 l. 15 luglio 1966, n. 604.

²⁶⁷ Per un primo commento, M. TUTTOBENE, *Licenziamenti per motivo oggettivo: fugati alcuni dubbi interpretativi, ma resa più gravosa la procedura di conciliazione preventiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell’occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, Adapt University Press, Modena, 2013, 254 ss.

²⁶⁸ La l. 9 agosto 2013, n. 99 ha confermato, senza modifiche, il contenuto dell’art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76.

²⁶⁹ Cfr. art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76, che, a proposito di questa seconda esenzione dall’obbligo procedurale, fa riferimento all’art. 2, comma 34 l. 28 giugno 2012, n. 92.

espletata anteriormente all'intimazione di un licenziamento per inidoneità psico-fisica sopravvenuta.

Piuttosto, si potrebbe sostenere che il Legislatore, non menzionando tale "tipo" di licenziamento tra le deroghe all'obbligo procedurale, abbia inteso valorizzare la possibile valutazione dell'occupabilità residua del lavoratore inabile o malato proprio all'interno della "nuova" procedura anteriore al licenziamento, anche in considerazione della presenza in ipotesi di uno specifico obbligo di *repêchage ex lege*²⁷⁰, assente in tutti gli altri casi, compreso quello di superamento del periodo di comporto²⁷¹.

Ciò parrebbe porsi in linea con l'opinione che ha escluso una funzione meramente conciliativa della procedura²⁷², o di mero incentivo ad una risoluzione consensuale del rapporto²⁷³, al pari del previgente "*tentativo obbligatorio di conciliazione*" ex art. 410 cod.proc.civ.²⁷⁴, ravvisando, al contrario, nel nuovo obbligo procedurale i presupposti per l'ingresso nel giudizio di "fatti", come quelli relativi al *repêchage*, in grado di costituire elementi per la decisione sulla scelta della sanzione applicabile da parte del Giudice²⁷⁵, se non addirittura sulla legittimità delle ragioni addotte nel merito a giustificazione del recesso²⁷⁶.

A sostegno della tesi da ultimo esposta, si aggiunge che l'art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76 ha espressamente previsto la valutabilità dell'assenza di una delle parti alla procedura (non il comportamento, che resta rilevante ai fini del *quantum* della sanzione²⁷⁷) ai sensi dell'art. 116 cod.proc.civ. e, dunque, come argomento di prova²⁷⁸, in tal modo tracciando (o, più

²⁷⁰ Art. 4, comma 4 l. 12 marzo 1999, n. 68, che prevede che i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle mansioni per infortunio o per malattia non siano licenziabili per giustificato motivo oggettivo, qualora sia possibile la loro adibizione a mansioni equivalenti o, in mancanza, anche inferiori.

²⁷¹ A. TOPO, *op.cit.*, 64.

²⁷² Assegnano alla procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604 una funzione principalmente, se non esclusivamente, conciliativa: P. TULLINI, *op.cit.*, 166, che pure riconosce certe potenzialità della stessa anche oltre il piano conciliativo individuale; M. MAGNANI, *op.ult.cit.*, 12, ad avviso della quale risulterebbe "*del tutto fuorviante*" un accostamento di tale adempimento a quello previsto nei licenziamenti collettivi; D. BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., 14 ss.

²⁷³ F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, reperibile sul sito http://csdile.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf, 2.

²⁷⁴ Il previgente "*tentativo obbligatorio di conciliazione*" è stato reso facoltativo dall'art. 31 l. 4 novembre 2011, n. 183, che ha ridefinito la struttura della conciliazione preventiva (alla lite, però, non all'adozione dell'atto di recesso, come nella procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604) disciplinata dagli artt. 410 e 411 cod.proc.civ.: per un riepilogo, O. DESSI, *L'insostenibile leggerezza della conciliazione amministrativa*, in *LD*, 2013, 1, 83 ss., cui si rimanda anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

²⁷⁵ S. LIEBMAN, E. GRAMANO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo etc.*, cit., ad avviso dei quali il corretto espletamento della procedura potrebbe costituire un elemento rilevante nella scelta della sanzione da parte del Giudice in ipotesi di "*manifesta insussistenza del fatto*".

²⁷⁶ Valorizza il ruolo della procedura quale "*filtro*" degli elementi rilevanti del caso, utile al Giudice per l'adozione di "*decisioni informate*", T. TREU, *op.cit.*, 8-9; L. ZOPPOLI, *op.ult.cit.*, 149, che sostiene come nel corso della procedura il datore di lavoro avrebbe la possibilità di "*enunciare un fatto giuridicamente apprezzabile, chiaro ed inequivocabile*", in modo tale da evitare il successivo riconoscimento in sede giudiziale della "*manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo*".

²⁷⁷ Art. 7, comma 8 l. 15 luglio 1966, n. 604.

²⁷⁸ Pervero, anche qui il Legislatore sembra aver peccato di imprecisione, posto che l'art. 116 cod.proc.civ., richiamato per intero dall'art. 7, comma 4 d.l. 28 giugno 2013, n. 76, ha principalmente per oggetto la "*valutazione delle prove*" ed i relativi criteri, come si ricava dal comma 1 della disposizione, ove si legge che "*il Giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*". Solo nel secondo comma della disposizione si fa riferimento alla possibilità del giudice di ricavare

propriamente, calcando) il *fil rouge* tra il corretto espletamento della procedura ed il successivo giudizio sul licenziamento.

Del resto, volendosi focalizzare sul corretto adempimento dell'obbligo di *repêchage*, la mancata presenza in sede di procedura, tanto del lavoratore quanto del datore di lavoro²⁷⁹, rende impossibile ogni valutazione sulla possibile ricollocazione del dipendente (e/o sull'adozione di misure alternative al recesso), elemento come visto rilevante, tanto nella valutazione circa la legittimità del licenziamento per giustificato motivo intimato, quanto nella scelta della sanzione in ipotesi di carenza di giustificazione: in tal senso, nei confronti della parte che scelga di non presentarsi, è allora ragionevole che la Legge abbia previsto una conseguenza sul piano processuale, in termini di limitazione²⁸⁰ alla facoltà di addurre argomenti circa la correttezza o, specularmente, il non corretto espletamento²⁸¹ di tale – pur incerta – prerogativa di “diritto vivente”.

5. Conclusioni

Nel volgere alle conclusioni della presente rassegna, sembra opportuno riprendere il filo dall'inizio, ripartendo dalla tesi secondo cui la Riforma dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 avrebbe inciso solo sulle conseguenze del licenziamento illegittimo, e non già sui suoi presupposti giustificativi (o, in altri termini, sulle causali)²⁸².

Tale – per certi versi, “confortante” – assunto, sottoposto ad incisive critiche da parte di autorevole dottrina²⁸³, è stato sin da subito messo in dubbio dalla Cassazione che, nell'escludere che la nuova disciplina sostanziale possa essere applicata ai giudizi in corso, ha osservato come il nuovo regime “non incide solo sul solo apparato sanzionatorio ma impone un approccio diverso alla qualificazione giuridica dei fatti incompatibile con una sua immediata applicazione ai processi in corso”²⁸⁴.

Nel presente lavoro ci si è allora soffermati sul problema del “nuovo” licenziamento discriminatorio e dei suoi confini²⁸⁵, tanto rispetto al motivo illecito quanto rispetto al recesso “semplicemente” ingiustificato, portato prepotentemente all'attenzione, non soltanto da approfondite e suggestive tesi dottrinali, ma anche da alcuni dei provvedimenti esaminati, dai cui effetti (più che

“argomenti di prova” da una serie di comportamenti, ivi indicati, ai quali parrebbe essere ora assimilata, nell'ambito del giudizio sul giustificato motivo oggettivo, la mancata presenza di una o entrambe le parti alla procedura ex art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604.

²⁷⁹ Donde il riferimento nell'art. 7, comma 4 alla mancata presentazione “di una o entrambe le parti”.

²⁸⁰ Si tratta pur sempre di un “argomento di prova” e, dunque, non di una prova “piena”.

²⁸¹ Rispettivamente, da parte del datore di lavoro e del lavoratore.

²⁸² V. *retro*, nt. 10 e 21.

²⁸³ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” etc.*, cit., 311, che esprime dubbi circa il fatto che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo “non finiscano per risentire delle specifiche ipotesi previste per riconoscere la reintegra, come elaborate ed utilizzate nella pratica...si da uscirne dilatate o ridimensionate rispetto alle letture correnti”; sull'incompletezza della separazione tra le due fasi del giudizio e sulla conseguente influenza reciproca (in particolare, della prima sulla seconda), si leggano anche le puntuali osservazioni svolte in ID., *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore etc.*, cit., 783-784. Sulla “riscrittura di buona parte del diritto sostanziale”, per effetto della revisione dei meccanismi sanzionatori dell'atto di recesso, P. TULLINI, *op.ult.cit.*, 149; seri dubbi sul possibile effetto della Riforma sulle causali erano stati posti anche da C. CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, cit., 32 e da V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa etc.*, cit., 328.

²⁸⁴ Cass. 7.5.2013, n. 10550, cit.

²⁸⁵ G. ZILIO GRANDI, *I licenziamenti un anno dopo la Fornero*, in R. ZUCARO e M. FERRARESI (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, cit., 1.

dai presupposti) si è potuto notare una significativa *vis expansiva* del licenziamento discriminatorio e, soprattutto, della relativa tutela (“reintegratoria forte”).

Altrettanto intensa è parsa, passando al “*licenziamento disciplinare*”, la *vis expansiva* del rimedio reintegratorio, pur nella sua forma “attenuata”, sia per effetto dell’ampia lettura del “*fatto*” di cui all’art. 18, comma 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, sia, soprattutto, per il costante ricorso al principio di proporzionalità ai fini dell’interpretazione o, più spesso, dell’integrazione (quando non, addirittura, della correzione) delle – quasi sempre generiche – previsioni della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari applicabili.

Allo stesso tempo, però, sono stati menzionati alcuni esempi di espansione dei “nuovi” rimedi (o, meglio, delle relative “formule”) verso la fattispecie, avendo alcune pronunce rigettato ogni pretesa del lavoratore in punto di illegittimità del licenziamento disciplinare alla luce della “*sussistenza del fatto contestato*”, che, invece, nel quadro della Riforma, dovrebbe rilevare solo come presupposto negativo (“*insussistenza del fatto contestato*”) utile ai fini della determinazione della sanzione avverso un licenziamento dichiarato illegittimo.

Nel licenziamento per motivo oggettivo, non sembra, sulla scorta dei provvedimenti esaminati, essersi ancora consolidato un orientamento che chiarisca i presupposti per l’applicazione della tutela reintegratoria o di quella indennitaria, attribuendo un significato (o, forse, una cornice) a quell’“*insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo...*” qualificata dal suo essere “*manifesta*”. Due ordinanze del Tribunale di Milano hanno escluso che il mancato esperimento dell’obbligo di *repêchage* afferisca a tale “attributo” del fatto (o del giustificato motivo), ma non si è avuto modo di reperire pronunciamenti in grado di accertare quando tale “*fatto*” sia manifestamente insussistente per carenza della ragione addotta o del nesso di causalità, oltre all’ipotesi, oggetto di una terza decisione dei Giudici milanesi in tema, di contumacia della società e di conseguente decadenza della facoltà di dimostrare *in toto* le ragioni alla base del provvedimento. Peraltro, anche nei casi – dai contorni ancora piuttosto “nebulosi”, e, dunque, tutto fuorché “manifesti” – di “*manifesta insussistenza del fatto...*” resterebbe comunque aperta la questione dell’ormai celebre “*può*”, riferito al compito (potere, facoltà o obbligo?) del Giudice di decidere il rimedio applicabile in tali ipotesi.

Infine, nel licenziamento affetto da vizi procedurali, da un lato, sono stati segnalati casi in cui tale vizio, per il quale il nuovo regime sanzionatorio “modulato” prevede il rimedio più blando, può coinvolgere anche aspetti “sostanziali” del provvedimento, come ad esempio in ipotesi di omessa contestazione nel licenziamento disciplinare; dall’altro lato, risultano ancora incerti gli spazi e le finalità della “nuova” procedura preventiva al licenziamento per ragioni oggettive, e/o, per certi versi, ancora inesplorate le sue potenzialità su di un piano più che deflattivo.

In conclusione, dopo un anno di applicazione giurisprudenziale del “nuovo” art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 si può sostenere che l’intento di lasciare la tutela ripristinatoria ai margini, tanto nel licenziamento disciplinare quanto in quello per motivo oggettivo, non pare essersi compiutamente realizzato²⁸⁶, così come quello di porre un argine alla discrezionalità dei Giudici nella valutazione sulla legittimità del licenziamento, ora, al contratio, ampliata ed estesa al momento della – complessa – scelta delle conseguenze in ipotesi di recesso ingiustificato.

²⁸⁶ Tale assunto si riferisce alle cause giunte a decisione, esulando l’analisi degli effetti della Riforma sulla conciliazione delle liti dall’ambito di competenza della presente rassegna.

Del resto, sull'incompleto raggiungimento degli obiettivi auspicati sembra avere giocato un ruolo decisivo la velocità, auto o etero-indotta, dell'*iter* di approvazione della Legge, al pari della natura compromissoria, politicamente necessitata, di molte delle disposizioni esaminate, specie se confrontate con la proposta *originaria* (e, soprattutto, con la relativa *intentio*).

In questo senso, la fretta sembra dunque essersi rivelata, ancora una volta, "cattiva consigliera" nell'adozione di un provvedimento per la cui stesura, nell'ottica di una riduzione della discrezionalità giudiziaria e di una maggiore prevedibilità delle decisioni in materia di licenziamento, ci si sarebbe potuti maggiormente ispirare all'insegnamento di chi, ben prima di auspicare un ruolo del Giudice quale "bouche qui prononce les paroles de la loi", aveva ravvisato la necessità che le Leggi fossero *poche, semplici e chiare*²⁸⁷.

²⁸⁷ Il celebre passaggio è tratto dal libro XI, cap. VI di MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in S. COTTA (a cura di), *Lo spirito delle leggi*, vol. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1965, 275-292, spec. 287. Della medesima opinione, avuto riguardo alla materia in esame, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" etc.*, cit., 295, laddove l'A. condivisibilmente sottolinea che "oggi come ieri la strada maestra per limitare la discrezionalità del giudice è pur sempre quella di una legge con una finalità chiara ed una lettera trasparente".