

Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra Diritto del Lavoro

TITOLO

**IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE**

RELATORE

Prof. Roberto Pessi

CANDIDATO

Caterina Longo

Matricola 095933

CORRELATORE

Prof. Raffaele Fabozzi

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

## INDICE

INTRODUZIONE.....	pag. 4
CAPITOLO I: RECESSO DEL DATORE DI LAVORO E TIPOLOGIE DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI	
1.1	Nozione di rapporto di lavoro.....pag. 7
1.2	Cinque ceppi normativi regolamentano il licenziamento individuale.....pag. 12
1.3	Innovazioni generali apportate dalla Legge n. 604 del 1966...pag. 15
1.4	Licenziamento senza obbligo di motivazione con preavviso: Norma del Codice Civile Art. 2118.....pag. 24
1.5	Licenziamento per giusta causa senza obbligo di preavviso: Norma del Codice Civile Art. 2119.....pag. 31
1.6	Nozione soggettiva ed oggettiva di giusta causa.....pag. 37
1.7	Natura ontologica del licenziamento disciplinare; esame dei primi tre commi dell'art. 7 Statuto dei lavoratori: si applicano a tutti i licenziamenti derivanti da inadempimento.....pag. 48
1.8	Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: la tutela obbligatoria e il suo campo di applicazione.....pag. 52
1.9	Il contenuto della tutela obbligatoria.....pag. 56
1.10	L'obbligo di riassunzione e la penale risarcitoria.....pag. 59
1.11	La tutela reale.....pag. 64
1.12	Conferme e ritocchi all'articolo 18 Statuto dei lavoratori.....pag. 77
CAPITOLO II: GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO	
2.1	Definizione di giustificato motivo oggettivo.....pag. 89
2.2	Obbligo di repace: Prova d'inevitabilità del licenziamento.....pag. 105
2.3	Comma 7 del nuovo Art. 18: quattro ipotesi.....pag. 124

### CAPITOLO III: ULTERIORI REQUISITI DELL'ATTO DI LICENZIAMENTO

- 3.1 Termine per l'impugnazione del licenziamento.....pag. 163
- 3.2 La forma del licenziamento.....pag. 181

### CAPITOLO IV: LICENZIAMENTI DISCRIMINATORI

- 4.1 Nullità.....pag. 200
- 4.2 Cause tassative di discriminazione.....pag. 205
- 4.3 Il licenziamento per causa di matrimonio.....pag. 213
- 4.4 Il licenziamento della lavoratrice madre e del padre  
lavoratore.....pag. 214
- 4.5 Il licenziamento durante il periodo di comporto.....pag. 218

CONCLUSIONI.....pag. 221

BIBLIOGRAFIA.....pag. 223

## INTRODUZIONE

Il rapporto di lavoro è un rapporto giuridico di durata, destinato a durare per un certo tempo e dopo un periodo più o meno lungo ad estinguersi. Dalla durata di questo rapporto tuttavia il lavoratore trae con l'esecuzione del suo lavoro i mezzi per il sostentamento proprio e dei familiari. Ed è per questo per lui importante avere a che fare con una disciplina giuridica in materia univoca e limpida. Il nostro legislatore invece ha deciso di procedere per approssimazioni successive, ponendo in essere una grande quantità di regole ed eccezioni. Avremo quindi, a proposito di queste, varie interpretazioni e ardue difficoltà nel reperire anche solo e semplicemente la norma da applicare. A favore del prestatore di lavoro vi è da dire però che si è schierata la legislazione. Fin dal r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, si è notata l'affermazione della preferenza del legislatore per il contratto a tempo indeterminato. La possiamo ritrovare anche nella legge 18 aprile 1962, n. 230. Il principio appena esposto è stato ribadito recentemente dall'art. 1 comma 39 legge 24 dicembre 2007, n. 247, secondo il quale il contratto di lavoro è "di regola a tempo indeterminato" e dall'art. 1, comma 9, legge 28 giugno 2012, n. 92 che afferma che "il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro". Nella legge del 2012 appena citata si tenta di creare un equilibrio tra libertà e stabilità e si nota la convinzione che un'eccessiva suddivisione dei rapporti vada contro la qualità dell'occupazione e la produttività. Recentemente si è favorita "l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili", ribadito "il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto <<contratto dominante>>, quale forma comune di rapporto di lavoro". Sono state adottate anche misure dirette a combattere fortemente la permanenza nella temporaneità e la flessibilità nociva. Di tutt'altro avviso è stata invece la liberalizzazione del primo

contratto di lavoro a tempo determinato di durata non superiore ai dodici mesi fra il medesimo datore di lavoro ed il lavoratore.

Va comunque considerato che non sempre il rapporto a tempo indeterminato è il più proficuo e adeguato per il lavoratore. Ed allo stesso tempo, i datori di lavoro non sono affatto soddisfatti di vedere ridotta la loro libertà di gestione dell'impresa, anche costituzionalmente garantita, a causa dell'introduzione di alcune limitazioni sia legali che stabilite dalla contrattazione collettiva in tema di costituzione o cessazione del rapporto di lavoro. Anticipiamo fin da ora che la contrattazione collettiva gode di ampi poteri nell'ambito della materia che in seguito sarà approfondita. Si può arrivare al paradosso di far sì che la stabilità dell'occupazione, garantita ad una parte dei lavoratori, si traduca per gli altri in un fattore di disoccupazione, tanto temuta e diffusa oggi. Sicuramente per gli imprenditori datori di lavoro e per una parte degli operatori del diritto il vecchio articolo 18 costituiva una mannaia da evitare. Non è una novità ribadire che erano troppo pesanti le conseguenze patrimoniali per il datore e che erano notevolmente lunghi i tempi dei processi e pericolosamente ineliminabile l'aleatorietà degli esiti degli stessi. Questo non vuol dire necessariamente che si debbano reputare eque le tutele ora introdotte. Gli interessi in gioco sono di pari livello e rilievo costituzionale. Ragion per cui il diritto al lavoro (articolo 4, Cost.) ed il diritto a fare impresa (articolo 41, Cost.) devono vedersi riconosciuta pari dignità ed essere sempre bilanciati tra loro equamente.

Un particolare che troppo spesso viene trascurato è quello che evidenzia che la tutela reale, oggetto del nostro studio, non ha copertura costituzionale. Per l'abrogazione della stessa è stato infatti ammesso un referendum, con una più che esauritiva motivazione. Infatti la Corte Costituzionale ha stabilito che nel caso di specie non ricorreva alcuna delle ipotesi ostative espressamente enumerate all'art. 75, comma 2 cost., né la richiesta trovava ostacolo nei limiti impliciti al referendum incentrati sulla

inammissibilità di quesiti che investono leggi c.d. “a contenuto costituzionalmente vincolato” in quanto vertono su disposizioni la cui abrogazione si traduce in una lesione di principi costituzionali<sup>1</sup>. Il Legislatore poteva escludere una tutela reintegratoria senza problemi. Quel che è invece costituzionalizzato è il principio per il quale il lavoratore può essere licenziato solo a fronte di un giustificato motivo. Escludere la reintegrazione non equivale ad affermare la libertà di licenziamento. Di modifiche alla tutela reale se ne parla da più di 30 anni. All’interno di un documento del CNEL approvato all’assemblea del 4 giugno 1985 possiamo leggere: “l’obbligo incondizionato di reintegrazione nel posto di lavoro dovrebbe essere limitato ai casi di licenziamento radicalmente nullo per vizi di forma oppure per illiceità del motivo. Negli altri casi l’accertamento della mancanza di giustificato motivo o di giusta causa non dovrebbe comportare l’ordine di reintegrazione, bensì un dispositivo di condanna alternativa, del tipo previsto dall’art. 8 della legge 604, che lasci al datore di lavoro la scelta tra la riassunzione del lavoratore entro un termine molto breve oppure il pagamento di una penale a titolo di risarcimento del danno in via presuntiva e forfettaria, fissata dal giudice entro un minimo ed un massimo, tenendo conto della anzianità del lavoratore”. L’articolo 18 fu il frutto di una maggioranza parlamentare che all’epoca non corrispondeva alla maggioranza di Governo e che vedeva tra gli oppositori colui che viene riconosciuto padre dello Statuto dei lavoratori, Gino Giugni. Questo avalla la convinzione che l’articolo 18 non solo non ha copertura costituzionale ma non ebbe nemmeno un appoggio unanime all’origine né in Parlamento né tra gli studiosi del diritto.

---

<sup>1</sup> Corte Costituzionale, 07/02/2000, n. 46.

## **CAPITOLO I**

### **RECESSO DEL DATORE DI LAVORO E TIPOLOGIE DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI**

#### **1.1 Nozione di rapporto di lavoro**

Il diritto del lavoro è il complesso di norme che disciplinano il rapporto di lavoro subordinato e che tutelano, oltre all'interesse economico, anche la libertà, la dignità e la personalità del lavoratore. In quale momento è assolutamente necessario tutelare questa dignità e personalità? Sicuramente durante l'estinzione del rapporto di lavoro.

Questo rapporto sia esso a tempo determinato che a tempo indeterminato, può estinguersi per una pluralità di cause previste dall'ordinamento. In particolare:

- 1) per scadenza del termine;
- 2) per morte del lavoratore;
- 3) per accordo delle parti (cd. risoluzione consensuale): tale caso si verifica quando entrambe le parti, datore e prestatore, si accordano per porre fine al rapporto di lavoro. Ciò in sintonia con il principio generale dell'art. 1372 c.c. che consente lo scioglimento del contratto per mutuo consenso;
- 4) per impossibilità sopravvenuta della prestazione o per forza maggiore: secondo la dottrina dominante le ipotesi di impossibilità sopravvenuta o di forza maggiore attinenti al datore di lavoro non determinano un'estinzione automatica del rapporto, potendo integrare soltanto un giustificato motivo oggettivo di licenziamento con tutti i limiti e possibilità di controllo relativi a tali cause di risoluzione del rapporto;
- 5) per altre specifiche cause previste dalla legge;

Alle precedenti cause di estinzione del rapporto di lavoro va inserito il recesso di una delle parti del rapporto che è l'ipotesi più ricorrente. Se questo recesso proviene dal lavoratore è comunemente denominato dimissione, se proviene dal datore invece licenziamento. Il recesso è un atto unilaterale recettizio manifestante la volontà di porre fine al rapporto di lavoro. Riceve efficacia nel momento in cui viene a conoscenza dell'altra parte. Il licenziamento riveste una rilevanza maggiore dal punto di vista sociale e normativo. Infatti il rapporto di lavoro presenta una stridente e obiettiva disparità tra le parti: un contrante "forte", il datore di lavoro, un contraente "debole", il lavoratore. Con riguardo al lavoro a tempo indeterminato il recesso prevede, di solito, un obbligo di concedere all'altra parte un preavviso, nei termini e nei modi stabiliti nella contrattazione collettiva, che determina un differimento dell'efficacia del recesso stesso ad una data posteriore a quella della sua comunicazione. Ciascuna delle parti può rinunciare al preavviso lavorato ma colui che rinuncia è tenuto a versare l'indennità di mancato preavviso, equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso (2118, co. 2, c.c.). Il recesso può avvenire inoltre senza preavviso e con effetto immediato al verificarsi di una causa che <<non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto>> (cd. giusta causa – art. 2119, co. 1, c.c.). Tutelare il lavoratore che, come già ricordato, rappresenta la parte esposta a possibili prevaricazioni del datore di lavoro il quale, per sua natura, viene a trovarsi in posizione di vantaggio, è lo scopo delle norme del diritto del lavoro restrittive del potere di recesso del datore di lavoro stesso. Per questo motivo la possibilità di licenziare assolutamente discrezionale è divenuta per effetto dei numerosi interventi legislativi del tutto residuale tanto da risultare praticabile esclusivamente nei confronti dei dirigenti e dei lavoratori in prova.

Recentemente, con una lettera della BCE, inviata al governo italiano nell'estate del 2011, si raccomandava un'accurata revisione delle norme che

disciplinano il licenziamento, stabilendo un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di agevolare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi.

Siamo di fronte ad un sistema di regole alluvionale che protegge prioritariamente coloro che il lavoro lo possiedono e che appare poco utile per coloro che sono alla ricerca di una prima o di una nuova occupazione. Da questo sorge il bisogno di un rinnovamento. Da una parte, attualmente, al diritto del lavoro viene attribuito un compito che non gli è proprio, viene chiesto di “occuparsi” sempre più di colui che è senza lavoro e, dall’altra, gli viene chiesto di diventare stimolo per la crescita e per il rilancio del sistema produttivo <sup>2</sup>.

Dopo aver esaminato le nuove funzioni assegnate al diritto del lavoro, notiamo che nonostante vi siano rilevanti differenze, le motivazioni che giustificano un licenziamento sono in tutti i paesi europei riconducibili a ragioni soggettive, in generale fatti o comportamenti addebitabili al lavoratore (che possono non necessariamente costituire un inadempimento alle obbligazioni lavorative), o oggettive e l’onere della prova della loro sussistenza grava sul datore di lavoro. E’ importante scorgere quali sono le fonti dell’ordinamento della U.E. per la tutela del licenziamento:

- l’art. 153, lett. d), del TFUE che attribuisce alla U.E. la competenza ad adottare direttive di armonizzazione in relazione alla protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro;
- l’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dal quale si evince il principio secondo cui ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato;

---

<sup>2</sup> <<L’Ordinamento ha posto nel tempo significativi limiti al potere di licenziamento con il potere di garantire il più possibile ai lavoratori subordinati la stabilità del posto di lavoro>> O. Mazzotta, Il rapporto di lavoro, Milano, 2011.

- l'art. 24 della Carta sociale Europea che ribadisce il principio per cui qualsiasi licenziamento deve fondarsi su una valida ragione legata o all'incapacità e al comportamento del lavoratore, o ad esigenze organizzative dell'azienda. Questa ragione deve essere specificata in una fonte vincolante per l'ordinamento interno e deve essere sempre comunicata al lavoratore in modo che questi possa valutarne la fondatezza ed in caso contestarla davanti ad un'autorità terza ed imparziale. La mancanza di una valida ragione deve dare al lavoratore diritto ad un adeguato compenso o ad una "tutela appropriata";
- la Convenzione OIL n. 158/1982 la quale ha dettato precisi standard di tutela, specialmente in tema di onere della prova e tutela adeguata per la disoccupazione conseguente al licenziamento.

Assume un ruolo fondamentale anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dalla quale emergono i principi interpretativi in materia di diritti fondamentali che risultano rilevanti in materia di licenziamento. Ricordiamo esemplificativamente il principio di proporzionalità che, se applicato al licenziamento, implica un rigoroso bilanciamento tra esigenze della produzione e diritto al lavoro fondato sul criterio dell'*extrema ratio* del recesso. Il sopra citato diritto al lavoro è riconosciuto a tutti i cittadini dall'art. 4 della Costituzione.

Si suggerisce allo stato italiano di non limitarsi a fissare le regole del gioco economico ma di intervenire attivamente per favorire la piena occupazione. L'idea che l'operosità sia una dimensione importante per la realizzazione personale dell'essere umano e della sua socialità si è imposta molto lentamente nella cultura occidentale e definitivamente solo in epoca moderna.

Secondo le affermazioni del filosofo Marx<sup>3</sup>, si individua nel lavoro, inteso come capacità umana di trasformare il mondo circostante, un bisogno insopprimibile e fondamentale dell'essere umano. Anche gli articoli dal 35 al 40 della nostra Costituzione si occupano specificatamente dei lavoratori subordinati, la cui condizione, storicamente svantaggiosa nei confronti dei capitalisti deve essere salvaguardata in nome del superiore principio di solidarietà sociale. Il principio di effettività, anche esso scaturito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è altresì connesso al nostro tema dal momento che stabilisce che la sanzione per la violazione di un diritto deve essere effettiva ed efficace, ovvero tale da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro. Successivamente è da evidenziare come il diritto europeo incide su alcuni profili delle discipline nazionali, grazie a disposizioni contenute in alcune direttive. Infatti è fondamentale citare:

- punto 5.2 della Direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, il quale ha posto dei limiti alla possibilità di licenziare un lavoratore che rifiuta la trasformazione del rapporto da tempo pieno a part-time, anche se non è esclusa la possibilità di fondare il recesso su altre ragioni;
- punto 4.1 della Direttiva 2001/23/CE il quale ha escluso che il trasferimento dell'azienda possa costituire valido motivo di licenziamento, sempre che non sussistano altre ragioni tecniche, economiche o organizzative;
- punto 18 e 19 del TFUE;
- Direttiva 98/59/CE;
- Direttiva 2010/18/UE;

---

<sup>3</sup> K. Marx, *Manoscritti economico – filosofici del 1844*, a cura di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 1983, p.71.

## **1.2 Cinque ceppi normativi regolamentano il licenziamento individuale**

La materia del lavoro era circoscritta in una visione economico-filosofica di tipo liberale già nel codice civile del 1865 e così è stata ribadita dal codice civile del 1942, che all'art. 2118 prevede la libertà del recesso sia del datore di lavoro che del lavoratore dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, mettendo sullo stesso piano, lavoratore e datore. Tale uguaglianza formale ignora la posizione sfavorevole del primo nei confronti del secondo. Con la costituzione repubblicana, basandosi sugli artt. 4 e 41, si diffonde la convinzione di vietare i licenziamenti immotivati. La materia fu oggetto della contrattazione collettiva: gli accordi interconfederali del 1947 inserirono alcune limitazioni ai licenziamenti dell'industria; nel 1950 non uno ma ben due accordi disciplinarono sia i licenziamenti individuali che quelli collettivi. Bisognerà però aspettare la L. 15 luglio 1966 n. 604 che riordinò i licenziamenti individuali, enunciando l'illegittimità del licenziamento non sorretto da giusta causa o da giustificato motivo. Tale disciplina legislativa era applicabile solo alle imprese con più di trentacinque dipendenti<sup>4</sup>.

Per effetto dell'art. 1 della suddetta legge è stato introdotto nel nostro ordinamento un regime vincolistico del licenziamento, in quanto non si consente che il recesso intimato dal datore sia privo di motivazione. Il giustificato motivo e la giusta causa rientrano nell'area delle cosiddette clausole generali, di cui il giudice deve limitarsi ad accertare il presupposto di legittimità senza poter sindacare il merito delle valutazioni tecniche produttive organizzative spettanti al datore di lavoro (art. 30, L. 183/2010). E' stato previsto dalla riforma Fornero che il mancato rispetto di tale limite da parte del giudice costituisce un motivo di impugnazione della sentenza per violazione delle norme di diritto (art. 1, co. 43, L. 92/2012). Nel

---

<sup>4</sup> A. Marano, "Il licenziamento" Edizioni Giuridiche Simone 2012.

momento della valutazione delle motivazioni poste alla base del licenziamento il giudice deve prendere in considerazione le tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo risultanti dai contratti collettivi di lavoro o dai contratti di lavoro individuali certificati (art. 30, co. 3, L. 183/2010).

Un'importante passo sul piano della tutela effettiva della stabilità del posto di lavoro è stato compiuto con la L. 20 maggio 1970, n. 300 che all'art. 18 prevedeva la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro al momento dell'accertamento dell'insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo del licenziamento. Sia la L. 604/1966 sia l'art. 18 L. 300/1970 furono modificate dalla L. 11 maggio 1990, n. 108. Viene estesa anche alle piccole imprese la disciplina del recesso per giusta causa o giustificato motivo prevedendo l'obbligo di riassunzione o risarcimento del danno per il lavoratore illegittimamente licenziato. Inoltre per le grandi imprese la L. 108/1990 ha allargato la possibilità di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro. Adesso la tutela della L. 604/1966, che come già sappiamo si applicava solo alle imprese oltre i trentacinque dipendenti, è stata estesa alle imprese occupanti fino a quindici dipendenti, quindi di piccola dimensione e la tutela dell'art. 18 L. 300/1970 si applica ai lavoratori delle imprese con più di quindici addetti. Sono state apportate modifiche all'art. 6 della L. 604/1966 dalla L. 4 novembre 2010, n. 183 allargandone il campo di applicazione. All'inizio del 2000 si è svolto un referendum di iniziativa popolare per l'abrogazione dell'art. 18 che non raggiunse il quorum necessario per la sua validità. La Corte Costituzionale nel dichiarare ammissibile il quesito referendario con la sent. 3/7 febbraio 2000, n. 46 ritenne che la norma citata pure essendo espressione di esigenze costituzionalmente riconosciute (artt. 4 e 35), non concretasse l'unico possibile paradigma attuativo dei principi costituzionali medesimi. In seguito si optò per la modifica legislativa della norma, considerata un ostacolo alla crescita economica, e si presentò un disegno di legge a cui non

si è dato seguito a causa di una mobilitazione sindacale contraria. Un altro referendum abrogativo è stato richiesto nel 2003 e dichiarato ammissibile dalla Corte Costituzionale ma l'esito non produsse alcuna validità. Il Consiglio dei Ministri ha elaborato una riforma del mercato del lavoro, tuttavia, proprio nel 2012 prevedendo la rivisitazione della disciplina dei licenziamenti individuali. Il più toccato è il regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi previsto dall'art. 18 che, prima dell'entrata in vigore della L. 28 giugno 2012, n. 92, è stato unico per tutti i casi di illegittimità e indipendente dalla motivazione del licenziamento. La cd. riforma Fornero distingue il sopra menzionato sistema sanzionatorio sia a seconda del fatto che si tratti di licenziamento nullo, inefficace o cd. soggettivo o cd. oggettivo, sia all'interno della singola fattispecie effettua una suddivisione della tutela in ragione della gravità del caso accertato dal giudice, al quale attribuisce non pochi poteri di valutazione. Ciò ci fa riflettere di quanto questo giudice sia lontano dalla funzione di "bouche de la loi" introdotta da Montesquieu, fautore della teoria della separazione dei poteri dello stato.

### **1.3 Innovazioni generali apportate dalla Legge n. 604 del 1966**

Nella disciplina vigente precedentemente alla riforma del 2012 le conseguenze dell'impugnazione del licenziamento senza giustificazione erano diverse a seconda della dimensione dell'azienda. Si individuavano due diverse tipologie di rimedi denominate tutela reale e tutela obbligatoria. La protezione apprestata al lavoratore dall'art. 8 della legge del 1966 viene solitamente definita "debole", poiché di natura meramente economica, ma questa accezione è destinata a scomparire a seguito della legge 92 del 2012. La tutela obbligatoria si articola all'interno della legge n. 604 del 1966. L'art. 8 di questa legge stabilisce che in caso di licenziamento ingiustificato "il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o a risarcire il danno versandogli un'indennità". L'applicazione della norma avviene con le medesime forme e nei medesimi limiti stabiliti dalla disciplina previgente alla recente riforma che non ha, in alcun modo, intaccato le disposizioni. La tutela di cui ora ci occuperemo trova attuazione ai sensi dell'art. 2 della legge n. 108/1990 ai datori di lavoro privati, imprenditori non agricoli e non imprenditori, che contano alle loro dipendenze fino a quindici lavoratori e ai datori di lavoro imprenditori agricoli da cui dipendono fino a cinque lavoratori, nonché ai datori di lavoro che occupano fino a sessanta dipendenti. La tutela in questione è di tipo residuale, trovando impiego in tutte le fattispecie escluse dalla tutela reale, ed è comunque il regime maggiormente diffuso poiché legato alla piccola e media impresa. È risaputo infatti che in Italia siamo in contatto più frequentemente con imprese di piccola dimensione. La notizia che a noi preme comunicare è che nei rapporti sottoposti a tutela obbligatoria il licenziamento, pure ingiustificato produce l'effetto risolutivo del rapporto atteso che il datore di lavoro potrà scegliere, in piena libertà, se riassumere il lavoratore o corrispondergli l'indennità. Ciò implica che il licenziamento in questa situazione non è annullabile, dal momento che prosegue a produrre i suoi effetti anche dopo la sentenza del giudice che

condanna il datore di lavoro alla riassunzione o al pagamento dell'indennità, ma è soltanto privo di requisiti di legge e quindi illecito. Nella riassunzione, il rapporto di lavoro posto in essere è un rapporto diverso e perciò nuovo, risultando il licenziamento in grado di conservare e mantenere il suo effetto estintivo. Analizzando la tipologia della sanzione irrogabile il datore può decidere tra la riassunzione del lavoratore e il pagamento dell'indennità, cosa che appariva chiara fin dall'inizio. La riassunzione è una forma risarcitoria consistente di un rapporto di lavoro *ex novo*, nel rispetto dell'anzianità o della retribuzione e dell'inquadramento già maturati dal lavoratore. In particolare questa sanzione non è cumulabile con il risarcimento del danno per la mancata percezione della retribuzione dopo la cessazione del rapporto, fermo restando l'effetto estintivo del licenziamento illecito.

L'indennità, invece, va elargita qualora non avvenga la riassunzione sia per scelta del datore di lavoro sia per il rifiuto del prestatore di riprendere l'attività. L'intervento della corte costituzionale, che ha sancito il diritto del lavoratore ad avere il pagamento dell'indennità anche nel caso di rifiuto di riprendere il lavoro su sollecitazione del datore che ha optato per la riassunzione, ha portato la corte di cassazione a sostenere che anche nell'ambito della tutela obbligatoria sussiste il diritto del lavoratore a monetizzare la riassunzione. L'interpretazione elimina la differenza con la tutela reale nella quale, per tradizione, la scelta tra la reintegrazione o l'indennità sostitutiva spetta al prestatore di lavoro.

L'indennità (c.d. penale) ha natura risarcitoria e sanzionatoria e soppianta qualsiasi altra tutela prevista dall'ordinamento, con la conseguenza che il datore non è tenuto a risarcire al prestatore nessun danno ulteriore. La misura dell'indennità in parola è determinata dall'art. 8 della legge n. 604/1966 fra "un minimo di 2.5 mensilità ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero di

dipendenti occupati, alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti”.

Il giudice può aumentare la misura massima dell'indennità laddove il licenziamento riguardi un'azienda che occupi complessivamente più di 15 dipendenti, e il lavoratore abbia un'anzianità di servizio superiore a dieci anni (fino a dieci mensilità) o a venti anni (fino a quattordici mensilità).

Il giudice per determinare l'entità dell'indennità risarcitoria prende in considerazione gli elementi ed i parametri stabiliti dai contratti collettivi, nonché dai contratti individuali e comunque considera (art.30, co.3, L. 183/2010):

le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, il comportamento delle parti anche prima del licenziamento<sup>5</sup>.

Nel 1990 la legge 108 e più precisamente l'art. 5 ha previsto un tentativo di conciliazione obbligatorio per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del licenziamento nell'area rientrante nella tutela obbligatoria. Si era convinti che dato il limitato valore delle controversie era necessario porre una condizione di procedibilità all'esercizio dell'azione giudiziale e provare a risolvere la questione in sede amministrativa. Questi convincimenti sono stati vanificati dall'estensione del tentativo di conciliazione a tutte le controversie di competenza del giudice del lavoro. Il cd. Collegato Lavoro ha previsto che il tentativo di conciliazione presso le

---

<sup>5</sup> In caso di declaratoria di illegittimità del licenziamento del lavoratore nell'ambito della cosiddetta tutela reale, la retribuzione globale di fatto quale parametro di computo sia del risarcimento del danno patito sia della determinazione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, deve includere non soltanto la retribuzione base ma anche ogni compenso di carattere continuativo che si ricolleggi alle particolari modalità della prestazione in atto al momento del licenziamento, quale il premio di produzione, una volta riconosciute il carattere retributivo dovendosi escludere dal compenso i soli compensi aventi natura indennitaria o di rimborso spese (Cass. civ., sez. lav., 4 ottobre 2011, n. 20266).

Direzioni provinciali del lavoro diventi facoltativo sia nel settore privato che in quello pubblico<sup>6</sup>.

L'art. 8, come modificato dall'art. 2, comma 3 della L. 11 maggio 1990, n. 108, garantisce al lavoratore che sia stato licenziato in assenza di giusta causa e giustificato motivo il diritto ad essere riassunto (*ex nunc*) entro tre giorni dall'accertamento della illegittimità del licenziamento, tra le altre cose.

Nonostante quello che abbiamo appena esposto la vera innovazione della legge del 1966 la ritroviamo nell'incipit della stessa.

La nozione di giustificato motivo è specificata nell'art. 3 secondo la quale questo tipo di licenziamento si realizza quando il lavoratore incorre in un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali.

Per la determinazione dell'inadempimento si fa riferimento all'art. 1455 del codice di procedura civile. Il giustificato motivo di licenziamento consiste in:

- ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa (c.d. giustificato motivo oggettivo);
- un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del prestatore di lavoro (c.d. giustificato motivo soggettivo).

Il licenziamento per giustificato motivo si differenzia da quello per giusta causa in quanto consente la prosecuzione del rapporto di lavoro sia pure nei limiti del periodo di preavviso.

Per espressa previsione normativa il trasferimento di azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento (art. 47, comma 4, L. n. 428/1990).

Ai datori di lavoro che abbiano stipulato dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato si rivolge la disciplina legislativa.

Il datore di lavoro all'atto del licenziamento per giustificato motivo ha l'obbligo, a norma dell'art. 2118, cod. civ., di dare un periodo di preavviso.

---

<sup>6</sup> A. Tursi, La riforma del mercato del lavoro, Roma 2012.

Nel periodo compreso tra la comunicazione del licenziamento e la scadenza del termine di preavviso il rapporto prosegue normalmente, cioè a dire che permangono tutte le reciproche obbligazioni delle parti (prestazione lavorativa, retribuzione, obbligazioni accessorie). Ne consegue che il lavoratore licenziato con preavviso ha diritto a prestare la propria attività durante il relativo periodo e il lavoratore dimissionario è tenuto a prestarla fino alla scadenza di quel periodo. Ai sensi dell'art. 3, L. n. 604/1966, il giustificato motivo di licenziamento può essere oggettivo o soggettivo. E' oggettivo quando la motivazione è inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. E' soggettivo quando si verifica un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del prestatore di lavoro.

Il recesso per giustificato motivo oggettivo ricorre nei casi di obiettive esigenze organizzative o produttive aziendali come:

- quando il lavoratore licenziato non può essere riutilizzato in altro settore aziendale (c.d. "repechage");
- nel caso in cui sussista la necessità di ridurre i costi di esercizio eliminando l'onere eccessivamente gravoso costituito da un numero esuberante di dipendenti (in questo caso si devono ritenere non vincolanti ai fini della scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo oggettivo eventuali situazioni personali del lavoratore quali, ad esempio, il carico di famiglia o l'anzianità di servizio);
- quando la sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento (in tale ipotesi di giustificato motivo la giurisprudenza è solita ritenere che la sussistenza dello stesso prescinda, a differenza degli altri casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dalla impossibilità o meno di riutilizzare il lavoratore in mansioni diverse).

Nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo il giudice, una volta dimostrate dal datore di lavoro le circostanze che ne integrano la

fattispecie, non può sindacare l'opportunità delle scelte organizzative effettuate dall'imprenditore che sono "a monte" dell'intimazione del licenziamento stesso.

Il recesso per giustificato motivo soggettivo si realizza quando il comportamento del lavoratore è tale da arrecare grave pregiudizio al datore di lavoro che si traduce nella obiettiva impossibilità di un ragionevole affidamento di una gestione corretta delle mansioni affidate al prestatore di lavoro.

Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, in quanto effettuato in relazione ad un inadempimento del lavoratore assume natura disciplinare e deve, pertanto, essere intimato con l'osservanza della procedura di cui all'art. 7, L. n. 300/1970.

L'onere della prova della sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento spetta, ex art. 5, L. n. 604/1966, al datore di lavoro.

Il licenziamento deve essere intimato dal datore di lavoro, da un suo rappresentante legale ovvero dai soggetti che ne sono legittimati sulla base della distribuzione del potere di gestione del personale fissata dall'organigramma aziendale.

La giurisprudenza ha ritenuto, peraltro, che il licenziamento intimato da un soggetto non legittimato non è nullo, bensì soltanto annullabile su azione del datore di lavoro, che può, alternativamente, ratificarlo a norma dell'art. 1399 cod. civ. (che disciplina la ratifica del rappresentato degli atti compiuti dal rappresentante senza potere).

In applicazione dell'art. 2, comma 1, L. n. 604/1966, il datore di lavoro deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro, salvo ulteriori requisiti di forma stabiliti dalla contrattazione collettiva. Il requisito della forma scritta dell'atto di licenziamento non è soddisfatto da forme di comunicazione equipollenti. E' pertanto esclusa la legittimità di licenziamenti portati a conoscenza del lavoratore interessato - ad esempio -

mediante affissione nei locali dell'impresa o sulla porta degli uffici ovvero sulla bacheca del cantiere.

Ritornando alla nozione di giustificato motivo soggettivo è da sottolineare che l'inadempimento è, ora, di minore gravità quantitativa rispetto all'inadempimento integrante la giusta causa di recesso ma deve essere tuttavia notevole. In caso opposto il mancato rispetto degli obblighi contrattuali dovrà essere esclusivamente sanzionato con misure disciplinari meno gravi (di carattere conservativo) .

La differenza tra il licenziamento per giusta causa e quello per giustificato motivo soggettivo risiede nella gravità dell'inadempimento del lavoratore e non nella differente consistenza temporale del requisito dell'immediatezza che è riscontrabile in entrambe le ipotesi di licenziamento disciplinare<sup>7</sup>.

Possiamo specificare che l'inadempimento deve essere dovuto a colpa del prestatore.

Solitamente sono i contratti collettivi a tipizzare i casi di giustificato motivo soggettivo ma le loro previsioni non sono vincolanti per i giudici. Identico fenomeno si realizza per la giusta causa.

La giurisprudenza configura la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo del licenziamento come mere <<qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, l'uno con effetto immediato e l'altro con preavviso>><sup>8</sup>.

E' ammissibile la conversione ad opera del giudice del licenziamento per giusta causa in quello per giustificato motivo soggettivo con il solo limite della immutabilità dei motivi addebitati al lavoratore. Non si sono mai riscontrati particolari problemi ad ammettere questa conversione in presenza di un'istanza di parte, ma solo recentemente è stata permessa la conversione d'ufficio da parte della giurisprudenza. I motivi posti alla base dell'iniziale contestazione non devono mutare. È legittimo il cambiamento

---

<sup>7</sup> Cass. 13 maggio 2002, n. 6899.

<sup>8</sup> Cass. 10 agosto 2007, n. 17604.

del titolo del recesso mediante una diversa qualificazione giuridica della situazione di fatto fondante il provvedimento espulsivo. Con riferimento specifico al principio della immutabilità della contestazione va considerato che la giurisprudenza ritiene che non si realizza alcuna lesione del diritto di difesa ed al contraddittorio qualora il datore corregga con una posteriore comunicazione alcune imprecisioni di portata non essenziale contenute nell'originaria contestazione<sup>9</sup>.

I seguenti corollari discendono dalle precisazioni suddette:

- nel caso di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali il potere di risolvere il rapporto deriva dalla legge in via diretta ed il giudice deve, ogni volta, verificare in caso di contestazione della giustificatezza del recesso, se gli addebiti integrino o meno la fattispecie legale dell'art. 3 della legge n. 604/1966;
- giustificato motivo e giusta causa si accertano con i medesimi criteri, assumendo notevole rilievo la negazione del rapporto fiduciario;
- non è importante il pregiudizio che possa fuoriuscire dal comportamento, al datore di lavoro essendo sufficiente la potenziale idoneità del comportamento del lavoratore a creare una situazione di pericolo;
- giusta causa e giustificato motivo soggettivo possono assumere natura disciplinare, nel qual caso si applica necessariamente l'art. 7 dello St. lav.;
- immediatezza della contestazione afferisce anche al licenziamento per giustificato motivo soggettivo;
- il licenziamento per giusta causa può trasformarsi anche d'ufficio in licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Non dimentichiamo che, perché sia giustificata la sanzione del licenziamento, la mancanza deve risultare soggettivamente ed

---

<sup>9</sup> Cass. 22 novembre 2011, n. 24567.

obiettivamente adatta a ledere, in modo grave, così da farla venire meno, la fiducia che il datore ripone nel proprio lavoratore, e tale da obbligare ad una sanzione non minore di quella massima, definitivamente espulsiva. La legge n. 604/1966 seguì la strada tracciata dagli accordi interconfederali per l'industria i quali iniziarono ad essere siglati fin dal 1947. Questo dimostra ancora una volta come la sede sindacale percepisce sensibilmente le esigenze dei lavoratori. E qual'era l'esigenza in quel momento se non quella desiderosa di limitare la libertà di licenziamento con un cenno del datore di lavoro? Gli accordi prescrivevano la forma scritta per il licenziamento ed obbligavano il datore di lavoro a motivarlo qualora il dipendente lo richiedesse. Se invece si desiderava accertare l'ingiustificatezza del licenziamento, dopo un previo tentativo di conciliazione in sede sindacale, la questione veniva trasmessa ad un collegio di conciliazione ed arbitrato il quale laddove ritenesse di dover dare ragione al lavoratore, a seguito di un giudizio pronunciato con equità, suggeriva al datore il "ripristino" del rapporto<sup>10</sup>. La regola della giustificazione necessaria, che è nel nostro ordinamento grazie all'art.1, legge n. 604/1966, trasforma inesorabilmente il diritto del lavoro. Sicuramente l'imprenditore che si accinge ad effettuare un licenziamento per giustificato motivo è obbligato a dare un periodo di preavviso di sei giorni (40 ore) fino al quinto anno d'anzianità di servizio, di nove giorni (60 ore) oltre il quinto anno e fino al decimo anno di un'anzianità di servizio, di dodici giorni (80 ore) oltre il decimo anno compiuto d'anzianità di servizio. Le seguenti situazioni rientrano, senza dubbio, nel caso di giustificato motivo soggettivo: l'insubordinazione del lavoratore verso i suoi superiori, l'assenza ingiustificata prolungata per oltre quattro giorni consecutivi, il dar luogo ad una rissa fuori dai reparti di lavorazione, ma comunque all'interno degli spazi aziendali.

---

<sup>10</sup> R. Pessi , lezioni di diritto del lavoro, quarta edizione, Torino, G.Giappichelli.

#### **1.4 Licenziamento senza obbligo di motivazione con preavviso: Norma del Codice Civile Art. 2118**

La disciplina garantista prevista per il licenziamento che successivamente verrà esaminata non riguarda tuttavia tutti i lavoratori. Esistono particolari ipotesi nelle quali il datore di lavoro è legittimato a licenziare il lavoratore senza aver bisogno di giustificare il recesso con un giustificato motivo o una giusta causa. Il lavoratore viene così licenziato <<con un semplice cenno>>, ci riferiamo quindi al recesso *ad nutum*. Il regime del recesso *ad nutum* riguarda prioritariamente i dirigenti. L'art. 10 della L. 604/1966 esclude i dirigenti dall'elenco dei lavoratori per cui il licenziamento deve essere motivato. A tale elenco vanno invece sommati i quadri essendo questi ultimi equiparati agli impiegati dall'art. 2, co. 3, L. 190/1985<sup>11</sup>. Le sole norme che vengono estese anche ai dirigenti sono quelle riguardanti la comunicazione per iscritto del licenziamento presente nell'art. 2, co. 4, L. 604/1966 e la tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento discriminatorio o nullo. A coloro che hanno qualifica dirigenziale quindi si applica la disciplina legale contenuta negli artt. 2118 e 2119 c.c. per quanto riguarda il licenziamento. Nuove limitazioni alla facoltà di recesso del datore di lavoro <<sono rimesse all'autonomia privata, sia individuale che collettiva>><sup>12</sup>. Proprio la contrattazione collettiva, che nel nostro ordinamento svolge una rilevante funzione, ha elaborato il concetto di giustificatezza del licenziamento legittimo che mira a connotare di ragionevolezza il licenziamento, a riportare l'esercizio del potere di recesso datoriale nei limiti della correttezza e della buona fede (artt. 1175 e 1375 del c.c.) e ad escluderne l'arbitrarietà. La presenza della giustificatezza del licenziamento esonera il datore di lavoro dal corrispondere al dirigente l'indennità supplementare, avente carattere risarcitorio, ulteriore ed aggiuntiva rispetto alle altre spettanze di fine

---

<sup>11</sup> M. Roccella, Manuale di diritto del lavoro, Giappichelli, Torino, 2008, p. 406.

<sup>12</sup> Cass., SS.UU., 9 dicembre 1986, n. 7295.

rapporto. La giustificatezza può fondarsi su ragioni soggettive ascrivibili al dirigente e su ragioni oggettive riguardanti esigenze di riorganizzazione aziendale, che non debbono coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto o con una situazione di grave crisi aziendale, tale da rendere impossibile o eccessivamente onerosa detta continuazione, dato che il principio di correttezza, parametro di misurazione della legittimità del licenziamento, va correlato con la libertà di iniziativa economica prevista dall'art.41 della Costituzione. <<Con riguardo al licenziamento del dirigente, per un verso, la crisi aziendale non deve necessariamente coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto di lavoro e, per l'altro, il giudice non può valutare le politiche aziendali rispetto ai livelli più alti di gestione dell'impresa, se non sotto il profilo della pretestuosità>><sup>13</sup>. Sottolineo ancora una volta che la nozione di giustificatezza è stata delineata dalla giurisprudenza. Per regolamentare il licenziamento ingiustificato i contratti collettivi possono usare clausole generali, senza una specificazione all'interno di una casistica dettagliata, purché non si attribuisca alla nozione di giustificatezza una tale ampiezza da ritenere sufficiente qualsiasi motivazione non pretestuosa<sup>14</sup>. La giustificatezza è un criterio che, con riferimento alla figura che stiamo trattando, ovvero il dirigente, si riveste di una rilevanza più specifica, dal momento che la ragione del recesso è più direttamente dipendente dagli obiettivi dell'impresa e, perciò, più direttamente connessa con il vertice aziendale e la figura dell'imprenditore<sup>15</sup>. Il giudizio in ordine alla giustificatezza del recesso risulta più vasto rispetto a quello che viene svolto con riguardo alle altre categorie di prestatori di lavoro. Possiamo affermare con certezza che fatti o condotte non idonei ad integrare giusta causa o

---

<sup>13</sup> Cass. 8 marzo 2012 n. 3628.

<sup>14</sup> Cass. 24 giugno 1996 n. 6268.

<sup>15</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 26 marzo 2012 n. 4797. In questa sentenza si evince che è legittimo il licenziamento individuato dalla banca ad un proprio dirigente in quanto figura apicale.

giustificato motivo di licenziamento per la generalità dei rapporti di lavoro, sono al contrario in grado di giustificare il licenziamento del dirigente. L'arbitrarietà potrebbe prospettarsi tutte le volte in cui il datore di lavoro ha un atteggiamento che si concretizza ai limiti della discriminazione risultando irrispettoso delle regole procedurali che assicurano la correttezza del diritto di recesso.

La semplice inadeguatezza del dirigente rispetto ad aspettative prefissate o un'importante deviazione del dirigente dalla linea segnalata dalle direttive generali del datore di lavoro o un comportamento extralavorativo incidente sull'immagine aziendale a causa della posizione rivestita dal dirigente possono costituire ragione di rottura del rapporto fiduciario che lega al datore di lavoro il dirigente e giustificare il licenziamento. Maggiori poteri presuppongono una maggiore intensità della fiducia e uno spazio più ampio ai fatti idonei a scuoterla.

Doverosa è l'individuazione della categoria del dirigente. Infatti quest'ultimo nonostante sia un lavoratore subordinato ai sensi dell'art. 2095 del c.c. ricopre nell'azienda una posizione che implica autonomia decisionale. La qualifica di dirigente spetta al prestatore di lavoro che si comporta come una sorta di alterego dell'imprenditore ed ha delle competenze che gli consentono di orientare il governo complessivo di un'azienda. Ancora una volta per la definizione legale di dirigente è necessario rivolgersi alla contrattazione collettiva che diversifica anche le varie posizioni dirigenziali. Anche nei CCNL Industria e Terziario emergono le peculiarità del profilo professionale dirigenziale, ossia: l'autonomia, nel rispetto delle direttive di carattere generale e programmatico del datore di lavoro; la discrezionalità delle decisioni, in modo che l'attività del dirigente influisca sugli obiettivi complessivi dell'imprenditore; l'inesistenza di una vera e propria dipendenza gerarchica. Gli stessi contratti collettivi prevedono come ulteriore elemento tipico della categoria dei dirigenti, caratterizzante le modalità di cessazione del rapporto

e la risoluzione delle relative controversie, l'opportunità di devolvere la risoluzione della controversia riguardante tali rapporti a speciali collegi arbitrali. Questa possibilità rappresenta uno strumento alternativo alla normale risoluzione delle dispute avanti al Giudice ordinario . La giurisprudenza sostiene che il dirigente che si avvalga della suddetta facoltà non possa proporre la medesima azione in sede giudiziaria, non potendo trasferire unilateralmente la questione davanti al Giudice ordinario dopo il compimento di atti incompatibili con la volontà di avvalersi di tale tutela e in assenza di una volontà del datore di lavoro contraria all'instaurazione del procedimento arbitrale. Qualora il Collegio arbitrale constati l'infondatezza delle motivazioni addotte dall'azienda, la condannerà al pagamento, a favore del dirigente, di un'indennità supplementare, ritenuta parametro per la quantificazione del risarcimento.

Valutando la casistica affrontata dalla giurisprudenza si può notare che è stato reputato "giustificato" il licenziamento legato ad una situazione di crisi aziendale<sup>16</sup>. Infatti il principio d'iniziativa economica verrebbe ignorato laddove si impedisse all'imprenditore, a fronte di razionali ristrutturazioni aziendali, di scegliere le persone adatte a collaborare con lui ai più alti livelli della gestione dell'impresa. La corte di Cassazione ha enunciato che le esigenze di riassetto organizzativo tendenti ad una gestione più economica dell'azienda non dovranno consistere solo nella volontà di "liberarsi" della persona del dirigente. Ovviamente a tutto ciò si affiancano i casi in tema di giustificatezza connessi alla frantumazione del vincolo fiduciario con il dirigente. Nuovamente è la corte di Cassazione ad evidenziare che sul dirigente è posto un obbligo di diligenza ben maggiore di quello richiesto agli altri lavoratori subordinati, vista l'importanza che il suo operato ha per la sopravvivenza dell'azienda stessa.

---

<sup>16</sup> G. Amoroso, Estinzione del rapporto, in diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, a cura di G. Santoro Passarelli, Ipsoa, Milano, 2009, p. 958.

Diversa è la situazione in cui la stabilità della posizione dirigenziale è strettamente ed indissolubilmente connessa al perseguimento e raggiungimento di un risultato determinato. Spetta indiscutibilmente al datore dimostrare l'effettivo mancato raggiungimento degli obiettivi e <<la riconducibilità di tale mancato raggiungimento al dirigente>><sup>17</sup>.

Passando all'esame dell'applicazione o meno al dirigente delle garanzie previste dall'articolo 7 della legge n. 300/1970 relativamente ai licenziamenti disciplinari, la giurisprudenza non si mostra univoca. Esistevano infatti differenti orientamenti che furono oltrepassati con la decisione delle Sezioni Unite del 29 maggio 1995, n. 6041, che ha statuito che <<le garanzie del contraddittorio non trovano applicazione nel caso del licenziamento del dirigente di azienda in ragione della natura spiccatamente fiduciaria del rapporto che esclude la stessa configurabilità del potere disciplinare del datore di lavoro>>. Dopo tale intervento in giurisprudenza non ci sono stati più contrasti fino al 2003.

Bisognerà attendere la nuova decisione delle Sezioni Unite del 2007 che ha stabilito che le garanzie procedurali previste dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori devono trovare applicazione in tutti i casi di licenziamento disciplinare e anche quando questo interessi un dirigente<sup>18</sup>.

Dalla recente sentenza della corte di Cassazione, la n. 3175 del 11 febbraio 2013, si è avuta la chiara conferma dell'inapplicabilità dell'obbligo di *repechage* ai dirigenti. In ogni caso i dirigenti possono essere licenziati per

---

<sup>17</sup> Trib. Milano 9 ottobre 2007 ha stabilito che <<il licenziamento del dirigente non può trovare giustificazione nel solo fatto del mancato raggiungimento di alcuni obiettivi o all'esito negativo di alcune iniziative imprenditoriali che non siano l'effetto di specifici inadempimenti del dirigente stesso, allorché un simile obbligo, gravante sul dirigente, di garantire determinati risultati, non solo non emerga da alcun atto espresso in tal senso ma non trovi nemmeno ragione e riscontro nel ruolo attribuito al dirigente stesso in forza della scarsa autonomia che di fatto gli sia riconosciuta nella gestione della sua attività lavorativa.>>.

<sup>18</sup> M. Brisciani, "Licenziamenti individuali", IPSOA, 2012.

giusta causa se agiscono in violazione dei principali obblighi di diligenza e obbedienza sanciti dall'art. 2104 c.c..

Andando avanti notiamo che il recesso *ad nutum* si applica ai lavoratori in prova, nel termine di sei mesi dall'assunzione (art. 10 L. 604/1966 e art. 2096, comma 2, c.c.)<sup>19</sup>. Il licenziamento intimato nel corso o al termine del periodo di prova ha natura discrezionale e non necessita della motivazione<sup>20</sup>. L'art. 2096 è quello che interessa in questa sede in quanto recita: <<durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o di indennità. Se la prova è stabilita per un tempo utile necessario, la facoltà di recesso non può esercitarsi prima della scadenza del termine>>. Il particolare patto di cui parliamo, ossia quello di prova, mira a tutelare l'interesse delle opposte parti del rapporto di lavoro di verificare la reciproca convenienza del contratto: il datore di lavoro può osservare e giudicare le capacità del lavoratore e il prestatore valutare l'entità e le condizioni della prestazione lavorativa<sup>21</sup>. Tra le varie ipotesi il lavoratore può sicuramente reclamare l'illegittimità del recesso sul presupposto che la prova non è stata realmente consentita o è stata superata adeguatamente<sup>22</sup>. La Corte Suprema ha aggiunto che se il patto di prova non è funzionale alla sperimentazione del lavoratore il licenziamento è illegittimo.

Oltre ai lavoratori in prova il licenziamento libero riguarda gli addetti ai servizi domestici e gli atleti professionisti (ex art. 4 L. 23 marzo 1981, n. 91). Il legislatore colloca all'interno dell'area di libera re cedibilità i lavoratori ultrasessantenni in possesso quindi dei requisiti pensionistici, a meno che vogliano proseguire il rapporto di lavoro per maturare le

---

<sup>19</sup> G. Suppiej – M. De Cristofaro – C. Cester, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, Padova, 2008, p. 374.

<sup>20</sup> Cass. 14 ottobre 2009 n. 21784.

<sup>21</sup> G. Amoroso, Art. 2118 c.c., in G. Amoroso – V. Di Cerbo – A. Maresca, *Il diritto del lavoro*, Vol. 2, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 1282.

<sup>22</sup> R. Scognamiglio, *Manuale di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2005, p. 424.

condizioni contributive massime per il pensionamento (art. 4 L. 108/1990). Questa norma va collegata alle modifiche introdotte nell'ambito pensionistico dal cd. decreto Monti.

Il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 ha previsto un aumento generale dell'età pensionabile e, desiderando l'incentivazione della prosecuzione della attività lavorativa fino ai settanta anni di età, ha ampliato la tutela dell'art. 18 L. 300/1970 fino al conseguimento del limite massimo di età.

Da quanto detto in precedenza emerge che è vigente un'area di licenziamenti soggetti al regime di applicabilità dell'art. 2118 c.c. che in ogni modo conserva un valore residuale, secondo quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale nella decisione 18 luglio 1989, n. 427<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> L. Galantino, "La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori", in Pellacani G., Riforma del lavoro, Giuffrè Editore, 2012.

## **1.5 Licenziamento per giusta causa senza obbligo di preavviso: Norma del Codice Civile Art. 2119.**

L'art. 2119 c.c. definisce la giusta causa come “la causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto di lavoro”, definendo il potere del datore di lavoro di recedere immediatamente e senza preavviso dal rapporto (cd. licenziamento in tronco)<sup>24</sup>.

Originariamente il contenuto della giusta causa di licenziamento era incardinato sull'esistenza di fatti idonei a giustificare l'interruzione improvvisa del rapporto di lavoro fondati sul grave inadempimento del prestatore ai suoi obblighi contrattuali e sul venir meno del rapporto di fiducia con il datore di lavoro<sup>25</sup>. La dottrina e la giurisprudenza hanno riformato la definizione di giusta causa a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 604/1966, la quale ha definito la causale del giustificato motivo soggettivo del licenziamento, e osservato che la stessa giusta causa si distinguerebbe dal giustificato motivo soggettivo soltanto sotto il profilo quantitativo<sup>26</sup>.

Nella ricognizione della definizione di giusta causa concorrono le tipizzazioni dei contratti collettivi che tuttavia non vincolano il giudice. Quanto appena detto viene dedotto dall'art. 30 co. 3 della legge n. 183/2010 nel quale si enuncia che il giudice nell'accertamento dell'esistenza della giusta causa tiene conto delle tipizzazioni dei contratti collettivi. L'art. 30 non modifica di fatto il potere o la libertà del giudicante nella valutazione dei fatti addotti a base di un licenziamento<sup>27</sup>. La giurisprudenza ha evidenziato che nell'ipotesi in cui il lavoratore commette un reato, il fatto non costituisce giusta causa automatica di licenziamento, dovendosi

---

<sup>24</sup> A. Tursi, “La riforma del mercato del lavoro”, Dike, 2012.

<sup>25</sup> F. Santoro Passarelli, voce Giusta causa, in Noviss. Dig. It., vol. VII, Torino, 1961, p. 1109 ss.

<sup>26</sup> S. Sangiorgi, voce Giusta causa, in Enc. dir., vol. XIX, Milano, 1970, p. 539.

<sup>27</sup> M. Cinelli – G. Ferraro (a cura di), Il contenzioso del lavoro nella L. 183/2010, Giappichelli, Torino, 2011. Ed inoltre G. Proia – M. Tiraboschi (a cura di), La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro, Giuffrè, Milano, 2011.

verificare in concreto l'incapacità del prestatore di lavoro a continuare il rapporto di lavoro<sup>28</sup>. Il datore di lavoro è obbligato ad attendere l'esito processuale prima di intimare il licenziamento per giusta causa, avendo la possibilità di sospendere in via cautelare il lavoratore in attesa di una sentenza di condanna.

È importante sottolineare che il giudice può convertire, anche d'ufficio, il licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo qualora, fermi restando il principio dell'immutabilità della contestazione e la volontà del datore di risolvere il rapporto, al fatto addebitato venga attribuita la minore gravità propria del licenziamento per giustificato motivo soggettivo<sup>29</sup>.

Va precisato inoltre che l'art. 2119 co. 2 indica che non costituisce giusta causa di licenziamento il fallimento del datore di lavoro o la liquidazione coatta amministrativa<sup>30</sup>.

Da quanto emerge da ciò che abbiamo appena scritto, la fonte della giusta causa la ritroviamo nella legge e di conseguenza la vasta elencazione delle ipotesi di giusta causa presente nei contratti collettivi ha valore esemplificativo ed è rimessa alla valutazione del giudice<sup>31</sup>. In questo ambito, la giurisprudenza ha dichiarato che: «l'elencazione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento contenuta nei contratti collettivi, al contrario che per le sanzioni disciplinari con effetto conservativo, ha valenza meramente esemplificativa e non esclude la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore

---

<sup>28</sup> F. Carnelutti, *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917, p. 260.

<sup>29</sup> Cass. 17 gennaio 2008, n. 837, in *Giust. civ.*, Mass. 2008, 1,47.

<sup>30</sup> M. Mocella, *Art. 2119 c.c.*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Esi, Napoli, 2010, V, p. 381 ss.

<sup>31</sup> F. Lunardon – F. Santini, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. III, *Il Rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, ed. II, Utet, Torino, 2007, p. 260.

contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile alla sola condizione che tale grave inadempimento o tale grave comportamento, con apprezzamento di fatto del Giudice di merito non sindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore>>><sup>32</sup>. È degna di nota l'intenzione del legislatore del 2010 di concedere alle parti del rapporto di lavoro l'opportunità di dare maggiore contenuto al concetto di giusta causa<sup>33</sup>. Abbiamo parlato del 2010 ma va detto che ci riferiamo all'art. 30, comma 3, della legge n. 183/2010<sup>34</sup>. Evidente appare che nel valutare le motivazioni del licenziamento il Giudice debba avere presenti le tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo, soggettivo o oggettivo, contenute nei contratti collettivi di lavoro, anche aziendali, conclusi dai sindacati comparativamente più rappresentativi, o nei contratti di lavoro individuali purché stipulati con la consulenza e la supervisione delle commissioni di certificazione costituite ai sensi dell'art. 76 e segg. del d.lgs. n. 276/2003. L'articolo appena menzionato è sintomo di una svolta epocale, fondamentale anche per l'evoluzione delle relazioni industriali, in quanto permette all'azienda ed al lavoratore di contrattare e definire preventivamente in ambiente protetto e con tutte le garanzie del caso le "tipizzazioni" della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento che in un secondo momento il Giudice del lavoro dovrà considerare in caso di contenzioso in merito alla legittimità del licenziamento intimato. La centralità di questa norma risiede nella delega che il Legislatore italiano ha fatto alle parti del contratto di lavoro a cristallizzare preventivamente le ipotesi di licenziamento legittimo (sulla scia delle clausole risolutive

---

<sup>32</sup> Cass. 26 ottobre 2010 n. 21912.

<sup>33</sup> G. Ferraro, Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali, in *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010 n. 183*, a cura di M. Cinelli – G. Ferraro, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3 ss.

<sup>34</sup> R. De Luca Tamajo, Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze ed ideologie, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p.524.

espresse ex art. 1456 del codice civile solitamente praticate per la generalità dei contratti di diritto civile ed applicate dai giudici in caso di contenzioso ), tanto da delineare agevolmente i confini dei concetti generalissimi di giusta causa e giustificato motivo entrati nel nostro ordinamento più di 50 anni fa. A mio avviso i concetti generalissimi di cui stiamo discorrendo non tutelano adeguatamente il lavoratore ma enfatizzano ancora di più un potere giudiziale fin troppo sovraccaricato, senza considerare che se il diritto si evolve con la società la percezione di questi concetti sarà indubbiamente mutata oggi<sup>35</sup>. A questo punto dobbiamo esaminare anche ciò che è ora previsto dalla riforma del mercato del lavoro con riferimento alla riformulazione dell'art. 18 legge n. 300/1970. Per valutare i fatti fondanti il licenziamento e per la conseguente applicazione delle conseguenze previste dalla legge in presenza di licenziamento ingiustificato, ricopre importanza la circostanza che <<il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili>> (art. 18, comma 4, legge n. 300/1970)<sup>36</sup>. I primi commentatori hanno ritenuto che questa tipizzazione sia favorevole al lavoratore. Il discrimine è da intravedere nella locuzione “tiene conto” contenuta nella norma di cui all'art.30 del Collegato lavoro e non, al contrario nel nuovo testo dell'art.18 legge n.300/1970<sup>37</sup>.

Ancora una volta ripetiamo che abbiamo di fronte uno strumento di innovazione di grande spessore se si riflette sulle potenzialità derivanti dalla disposizione di cui al citato art. 30<sup>38</sup>.

Il diritto del lavoro è l'unica branca del diritto in cui le parti di un contratto non si possono dare in via autonoma le regole del gioco, con la sola

---

<sup>35</sup> Cass. 17 giugno 2011, n. 13353.

<sup>36</sup> G. Mannacio, Ancora sul licenziamento disciplinare, Commento a Cass. 10 novembre 2011, n. 23417, in Lav. giur., 2012, p. 484 ss.

<sup>37</sup> A. Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Torino, 2012.

<sup>38</sup> A proposito della delicatezza dell'interpretazione delle cd. clausole generali si veda E. Ghera – L. Valente, Un primo commento al Collegato lavoro, in Mass. giur. lav., 2010, p. 867.

eccezione degli spazi di autonomia appositamente riservategli dalla legge. Queste aree sono governate perlopiù da norme inderogabili e di applicazione prevalente rispetto alle pattuizioni individuali concordate tra datore di lavoro e lavoratore. Ciò sulla premessa della debolezza della volontà del lavoratore abituato ad accettare la volontà del soggetto più forte. Al fianco di queste prime considerazioni scoviamo la indeterminatezza delle più significative norme dell'area giuslavorista: giusta causa, giustificato motivo oggettivo, soggettivo, equivalenza professionale, ragioni organizzative e produttive e così via, fattispecie oggetto d'incessante ed essenziale interpretazione da parte della giurisprudenza. Naturalmente l'interpretazione non è immune dal diversificato orientamento dei diversi tribunali dislocati sul nostro territorio nazionale. Quest'ultima affermazione ci lascia con non poche perplessità. Nei fatti, le parti del rapporto di lavoro non sono in grado di fissare da sé le regole del gioco miranti a governare i rapporti individuali. L'art. 30 del Collegato lavoro (seguito dall'art. 8 del D.L. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011, nucleo di contrastanti opinioni dottrinali e focus di agguerrite lotte sindacali) ha riconosciuto una più ampia autonomia alle parti nella fissazione di determinate regole a fondamento del rapporto da noi esaminato, quello di lavoro. Nell'ambito dei licenziamenti individuali, il processo di responsabilizzazione "controllata" delle parti del rapporto di lavoro può rinnovare il diritto del lavoro.

Per quel che concerne la validità dell'intimazione del licenziamento per giusta causa è necessaria immediatezza e la tempestività dell'irrogazione rispetto al verificarsi dei fatti contestati, concedendo comunque al datore di lavoro il tempo utile per le indagini e gli accertamenti.

Dal punto di vista della tempistica con la quale si procede all'intimazione del licenziamento in tronco rispetto alla mancanza che lo ha provocato, la tempestività è elemento assolutamente fondamentale per la configurabilità della giusta causa, considerato che il decorso di un lungo intervallo di

tempo fra il momento in cui il licenziamento si adotta e il momento nel quale il comportamento posto alla base dello stesso si verifica, ovvero viene a conoscenza del datore di lavoro, ragionevolmente dimostra la compatibilità del fatto stesso con la continuazione del rapporto di lavoro e nega l'esistenza della giusta causa. La mancanza di prontezza della contestazione e del provvedimento espulsivo porta a pensare che il datore di lavoro abbia soprasseduto al licenziamento considerando non meritevole della massima sanzione la colpa del prestatore di lavoro. A questo scopo riveste importanza il momento in cui il datore di lavoro viene realmente a conoscenza dei fatti su base dei quali desidera procedere al licenziamento. Va attestato, tuttavia, che l'immediatezza deve essere intesa in senso relativo<sup>39</sup>; bisogna valutare, infatti, la necessità di indagare per ricostruire la condotta del prestatore di lavoro, ovvero l'esigenza di considerare la complessità della struttura organizzativa del datore di lavoro o la caratteristica posizione lavorativa del lavoratore stesso. Queste considerazioni preliminari certamente posticipano il momento della percezione e del successivo accertamento quale giusta causa dei fatti addebitati.

---

<sup>39</sup> Per la Cass. 2 settembre 2010 n. 18998, la contestazione deve avvenire in una stretta connessione temporale con la condotta del lavoratore; tuttavia, il requisito dell'immediatezza deve essere anche rapportato alla particolarità delle infrazioni commesse, nonché al lasso di tempo necessario al datore di lavoro per ricostruire e valutare la condotta del dipendente (quando ad esempio il datore debba compiere complesse indagini per verificare il carattere isolato, duraturo, reiterato della condotta del lavoratore).

## 1.6 Nozione soggettiva e oggettiva di giusta causa

È impossibile non prendere in considerazione la lesione dell'elemento fiduciario quando si discorre a proposito di giusta causa. Questa lesione va valutata sotto il profilo oggettivo, quindi considerando:

- la qualità e la natura del singolo rapporto di lavoro;
- la posizione delle parti. La gravità della condotta del lavoratore può essere valutata in considerazione della specifica posizione professionale e della responsabilità dello stesso nel servizio svolto, in quanto modello diseducativo o disincentivante per gli altri dipendenti, soprattutto se sotto ordinati;
- il grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni adempiute dal lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale;
- le circostanze di tempo e di luogo in cui il fatto si è verificato e le motivazioni;
- ogni aspetto connesso alla specifica connotazione del rapporto che incida negativamente su di esso.

Visionando ora il profilo soggettivo, il riferimento va alle particolari circostanze e condizioni nelle quali si realizza la rottura del vincolo fiduciario, ai modi, ai motivi, agli effetti e all'intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo. Per decidere riguardo alla sussistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve necessariamente rivestire il carattere di grave negazione degli elementi fondamentali del rapporto di lavoro e di quello fiduciario<sup>40</sup> e la cui prova grava sul datore di lavoro,

---

<sup>40</sup> Per un recente caso in cui è stato considerato sproporzionato il recesso in tronco di un dipendente di un istituto di credito in presenza di elementi, in qualche modo, "esterni" all'addebito, a favore del lavoratore (l'essersi il lavoratore attivato, ancora prima dell'inizio del procedimento disciplinare per reperire idonee garanzie utili a limitare o impedire il danno, l'irrogazione di sanzioni conservative applicate ad altri per comportamenti analoghi, l'assenza di precedenti disciplinari a carico del lavoratore) che, pur non incidendo sull'esistenza dell'illecito, rendono l'estrema sanzione eccessiva, ci si riferisca a Cass. 30 marzo 2010 n. 7645, in Arg. dir. lav. 2010, p. 1277 ss., con una nota di F. V. Ponte, Licenziamento, (s)proporzionalità e circostanze

occorre considerare, da una parte, la gravità dei fatti addebitati al prestatore di lavoro, in correlazione alla portata oggettiva e soggettiva degli stessi, alle circostanze nelle quali si sono verificati e all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altra, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione comminata, verificando se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del lavoratore sia nei fatti tale da motivare o meno la massima sanzione disciplinare.

Sempre la giurisprudenza afferma che la giusta causa rilevante può concernere non solo un atto specifico ma anche una molteplicità di atti: l'art. 2119 c.c. richiede una causa che non si risolve in un atto singolo ma ammette pluralità di fatti che, pur non gravi se considerati separatamente, complessivamente esaminati possono ritenersi <<causa che non consente la prosecuzione, neppure provvisoria del rapporto>>. Quando al contrario vengano contestate al lavoratore diverse fattispecie rilevanti sul piano disciplinare, il giudice di merito non può vagliarle atomisticamente, data l'imprescindibile considerazione della loro concatenazione ai fini della valutazione della gravità degli avvenimenti. Anche solo alcuni o uno di questi avvenimenti può permettere al giudice di inquadrare un comportamento che giustifichi la sanzione espulsiva. In queste considerazioni si delinea sempre con maggiore evidenza l'apprezzamento riservato al giudice di merito e incensurabile in sede di legittimità, se opportunamente motivato, della valutazione della capacità dell'infrazione ad integrare giusta causa del licenziamento<sup>41</sup>.

---

favorevoli al lavoratore. Appare consolidato l'orientamento secondo il quale, nell'ipotesi di licenziamento di un dipendente di istituto di credito, la gravità del comportamento deve essere valutata con particolare rigore ed a prescindere dalla reale entità del danno eventualmente cagionato al datore di lavoro in quanto, qui, viene minato non solo l'affidamento che quest'ultimo ripone nei confronti del proprio dipendente a anche quello delicato che il pubblico ripone nella lealtà e nella correttezza dei lavoratori bancari (Cass. 12 aprile 2010, n. 8641).

<sup>41</sup> Cass. 15 maggio 2004, n. 9299, in Giust. civ. Mass., 2004, 5.

Nell'argomento oggetto della nostra analisi si è registrata un'ampia casistica, utile alla comprensione e delucidazione degli stessi concetti basilari.

Darei avvio all'esame dei casi concentrando la mia attenzione sul diritto di critica proprio per riservare, almeno per una volta, al lavoratore un momento di autorevolezza e di vitalità<sup>42</sup>. Non dimentichiamo però che il principio della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art.21 Cost. e all'art. 10 CEDU incontra i limiti posti dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà altrui e deve essere coordinato con altri interessi meritevoli di pari tutela costituzionale<sup>43</sup>. La giurisprudenza sostiene che l'esercizio del diritto suddetto da parte del prestatore nei confronti del datore di lavoro, con modi che, oltrepassando i limiti del rispetto della verità oggettiva, si concretizzano in una condotta lesiva del decoro dell'impresa datoriale, suscettibile di causare con la caduta della sua immagine anche un danno economico in termini di perdita di occasioni di lavoro e di commesse, è atteggiamento idoneo a incrinare in via definitiva il rapporto fiduciario che sostiene e giustifica il contratto di lavoro, integrando la violazione del dovere emergente dall'art.2105 c.c., e può costituire giusta causa di licenziamento. Restando in tema la Suprema Corte ha considerato doveroso il licenziamento del lavoratore che insulta il dirigente con espressioni irrispettose, anche se il contesto è animoso (potremmo pensare ad una "accesa" assemblea sindacale)<sup>44</sup>. Per esercitare legittimamente il diritto di

---

<sup>42</sup> S. Emiliani, La libertà del lavoratore di manifestare il proprio pensiero e il dovere di rispettare l'altrui onore e reputazione, in Arg. dir. lav., 2007, I, p. 417 ss.

<sup>43</sup> Cass. 19 febbraio 2008, n. 4067 (in Riv. it. dir. lav., 2008, II, p. 911, con nota di Failla, Licenziamento per uso di espressioni triviali nei confronti di sottoposti).

<sup>44</sup> S. Canali De Rossi, Limiti del diritto di critica del rappresentante sindacale aziendale, in Dir. prat. lav., 2007, p. 1033 ss; inoltre S. Schiavone, I confini del diritto di critica sindacale, in Riv. giur. lav., 2008, I, p. 249 ss.

critica, nell'ambito del rapporto di lavoro, è fondamentale il rispetto del principio della continenza formale e sostanziale<sup>45</sup>.

La giurisprudenza più recente si è occupata poi delle pretestuose accuse di mobbing formulate dal dipendente nei confronti del datore di lavoro<sup>46</sup>. Come già sappiamo, il mobbing è un fenomeno relativamente nuovo che ha dato avvio ad innumerevoli controversie. Le accuse non provate di mobbing giustificano il licenziamento ex art. 2119 c.c. dal momento che viene meno il rapporto fiduciario intercorrente tra le parti<sup>47</sup>.

Passando invece all'esame di una delle fattispecie più ricorrenti, quella dell'appropriazione di beni aziendali, notiamo una giurisprudenza divisa<sup>48</sup>. Una parte di quest'ultima considera irrilevante, allo scopo dell'accertamento della giusta causa, la tenuità del danno patrimoniale e la modesta entità del fatto, ed al contrario focalizza l'attenzione sul valore sintomatico che l'atto può assumere, intaccando la fiducia che la società può riporre nel lavoratore. Risulta inoltre integrare ipotesi di violazione significativa dell'obbligo di fedeltà del dipendente la sua presenza sul luogo

---

<sup>45</sup> Trib. Milano, 23 marzo 2005, n. 1075.

<sup>46</sup> Cass. civ. Sez. lavoro 18 settembre 2009, n. 20272. Le molestie sessuali sul luogo di lavoro, incidendo sulla salute e la serenità del lavoratore, comportano l'obbligo di tutela a carico del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c.. Deve ritenersi legittimo il licenziamento irrogato al dipendente che abbia molestato sessualmente un collega sul luogo di lavoro, nulla rilevando la mancata previsione della suddetta ipotesi nel codice disciplinare e senza che possa dedursi che il datore è controparte di tutti i lavoratori, sia uomini che donne, e non può essere chiamato ad un ruolo protettivo delle seconde nei confronti dei primi giacché le molestie sessuali possono avere come vittima entrambi i sessi e il datore ha l'obbligo di adottare i provvedimenti che risultino capaci di tutelare l'integrità fisica e la personalità dei lavoratori, tra i quali rientra, licenziamento dell'autore delle molestie sessuali.

<sup>47</sup> Cass. 8 gennaio 2000, n. 143, in Riv. It. dir. lav., 2000, II, 764.

<sup>48</sup> Cass. 2 novembre 2011, n. 22692, nella quale si evidenzia come "è legittimo attendersi che la società non possa più fare affidamento sul dipendente che ha trafugato beni aziendali per esigenze personali, attuando un comportamento doloso e in concorso con un collega, col ragionevole timore del reiterarsi di una tale condotta".

in cui si è verificato un furto di materiale di proprietà del datore di lavoro<sup>49</sup>. Infatti, nonostante il lavoratore non abbia attivamente partecipato all'azione delittuosa, l'aver intrattenuto relazioni segrete con le persone coinvolte nella sottrazione è condotta idonea a far venir meno la fiducia<sup>50</sup>. La Cassazione ha dichiarato però che <<il licenziamento del cassiere, che ruba qualche spicciolo dalla cassa, è illegittimo perché risulta essere una misura sproporzionata rispetto al danno subito dal datore di lavoro>><sup>51</sup>.

Doveroso è ricordare che, sulla base della nuova formulazione dell'art. 18 legge n. 300/1970, in casi di questo genere ed avendo a mente la gravità delle circostanze della fattispecie concreta, in mancanza di una disposizione di sanzione conservativa da parte della contrattazione collettiva, la reintegrazione nel posto di lavoro non sarà più la sola conseguenza scaturente dall'acclaramento dell'ingiustificatezza del licenziamento, trovando, per contro applicazione, la tutela risarcitoria attualmente stabilita dalla legge.

Anche l'impossessamento di documentazione aziendale è una condotta contrastante con l'obbligo di fedeltà. A nulla rileva che il lavoratore voglia adoperare la documentazione per fini meramente processuali, in quanto il dipendente può avvalersi per le sue difese di altri strumenti processuali, richiedendo al giudice che ne ordini l'esibizione (art. 210 c.p.c.). I dati di cui il lavoratore viene a conoscenza nello svolgimento delle mansioni sono indubbiamente da considerarsi riservati. Nell'ambito del processo del lavoro c'è una ristretta cerchia di soggetti a cui vengono rivelate le notizie. Il giudice di merito deve semplicemente verificare le modalità di acquisizione della documentazione aziendale protetta. Ma quale ipotesi descrive meglio la nostra era se non quella contraddistinta dall'utilizzo

---

<sup>49</sup> Cass. civ. Sez. lavoro 10 novembre 2011, n. 23422. Viene integrata un ipotesi di violazione rilevante dell'obbligo di fedeltà del lavoratore ove esso sia presente sul luogo ove si è verificato un furto di materiale di proprietà del datore di lavoro.

<sup>50</sup> Cass. 10 novembre 2011, n. 23422, in *Diritto & Giustizia* 2011, 16 novembre.

<sup>51</sup> Cass. 29 agosto 2011, n. 17739, in *Diritto & Giustizia* 2011, 17 settembre.

abusivo di internet sul posto di lavoro? Il problema è che questo utilizzo avviene nel periodo di tempo finalizzato al lavoro e perciò retribuito. Dunque siamo di fronte ad una causa legittimante il giusto recesso da parte datoriale? Secondo l'orientamento giurisprudenziale la risposta è affermativa se ci concentriamo sul fatto che il lavoratore si colleghi ad internet per scopi personali e per consultare documenti adoperando la rete telefonica pagata dall'azienda. Gli stessi risultati vengono raggiunti relazionandoci con l'utilizzo del cellulare aziendale, in quanto il pocanzi citato apparecchio non è da ricomprendere nell'area dei benefits ma in quella degli strumenti di lavoro.

Sicuramente si ricorderà che è possibile realizzare la giusta causa anche attraverso fattispecie a formazione progressiva. Singole infrazioni disciplinari possono motivare, alla stregua di una valutazione globale, l'applicazione della sanzione del licenziamento per giusta causa. La tolleranza riscontrata nel datore di lavoro nei confronti di pregresse infrazioni non va letta ed interpretata come un comportamento acquiescente impeditivo della possibilità di un licenziamento per una violazione degli obblighi contrattuali successiva di equivalente gravità. Comprensibilmente la reiterazione di condotte antiggiuridiche da parte dei lavoratori ha un limite.

Ad ogni modo, i comportamenti del dipendente attinenti alla sua sfera privata non hanno importanza ai fini della rottura del rapporto fiduciario, eccetto quando, per la loro natura e gravità, portino a giudicare il lavoratore inidoneo alla prosecuzione del rapporto. Deduciamo che le condotte extralavorative possono essere riconosciute come giusta causa di recesso. Alcuni atteggiamenti estranei alle obbligazioni contrattuali vanno a gravare sull'elemento fiduciario del rapporto di lavoro. Comunque la valutazione diretta a definire i limiti entro cui le condotte extralavorative possono essere considerate rilevanti deve avvenire in maniera rigorosa. L'art.8 dello Statuto dei lavoratori impedisce al datore ai fini

dell'assunzione e nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro di indagare sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore e sui fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. La dottrina evidenzia che l'art. 8 su menzionato ricalca due aspetti: il primo è quello che decreta che tutto quel che non concerne l'attitudine professionale del dipendente è ininfluenza; il secondo esplicita che un evento extralavorativo compromette la fiducia allorché si riverbera sulla professionalità. Lo stesso codice della privacy riprende questa basilare norma! La giurisprudenza della Cassazione ha considerato rilevante ai fini della giusta causa il comportamento riscontrato in un precedente rapporto di lavoro se omogeneo a quello in essere<sup>52</sup>. Anche De Luca Tamajo, Ghera e Scognamiglio, autorevoli esponenti della dottrina italiana, hanno dichiarato che la giusta causa non è integrata solo da atteggiamenti costituenti notevoli inadempimenti contrattuali ma anche da fatti che esulano dalla sfera del contratto purché produttivi di effetti riflessi nell'ambiente di lavoro.

Ad esempio la sottoposizione del lavoratore a carcerazione preventiva per fatti estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro non è ritenuta ipotesi di inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal rapporto di lavoro ma è un fatto oggettivo determinante una sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa ai sensi dell'art. 1464 c.c.

In aggiunta a quanto enunciato, assumono importanza i comportamenti atti a disvelare la scarsa considerazione dei doveri derivanti dalla posizione ricoperta o degli obblighi connessi all'organizzazione del datore. Pertanto, è legittimo il licenziamento disciplinare irrogato al lavoratore che si comporti in modo gravemente scorretto nello svolgere un'attività presso un soggetto esterno con il quale il datore intrattiene rapporti di collaborazione, e metta in pericolo l'immagine del datore di lavoro nell'ambiente in cui questo deve operare in ragione del proprio oggetto sociale. Avviandoci alla conclusione, possiamo attestare che l'abbandono del posto di lavoro da parte del

---

<sup>52</sup> Cass. 9 agosto 2004, n. 15373.

lavoratore cui siano affidate mansioni di sorveglianza e di custodia rappresenta una mancanza di eclatante gravità in grado di far venir meno inesorabilmente l'elemento fiduciario nel rapporto di lavoro ed ad integrare la nozione di giusta causa di licenziamento, pur in assenza di una corrispondente previsione del codice disciplinare, dal momento che, nelle ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il potere di recesso datoriale proviene dagli artt. 1 e 3 della legge 604/1966. Proprio questi articoli contengono infatti precetti sufficientemente determinati. Differente è il caso dell'allontanamento del lavoratore dal posto di lavoro, perché appunto si diversifica l'elemento temporale rispetto alla condotta esaminata precedentemente<sup>53</sup>. A parere della Cassazione si ha allontanamento quando l'assenza del dipendente non ha influito sul regolare svolgimento del servizio. Purtroppo altro tema di cronaca è legato alla falsa timbratura del cartellino o del badge e si verifica con sempre maggiore frequenza nel settore della Pubblica Amministrazione. La Cassazione, occupandosene, ha rimarcato che il danno in questi frangenti non è solo di natura patrimoniale, poiché la retribuzione è erogata a fronte di una presenza non effettiva, ma è un danno che viola il rapporto fiduciario, permettendo la lecita risoluzione del rapporto di lavoro.

L'art. 30 del d.lgs.30 giugno 2003, n. 196 indica chiaramente che l'incaricato al trattamento dei dati personali operando sotto l'autorità del titolare ed attenendosi alle istruzioni impartite è una figura esecutiva. Conseguentemente il lavoratore che impegnato nel trattamento dei dati viola le istruzioni impartite dal datore è colpevole dell'infrazione dell'obbligo di fedeltà previsto espressamente dall'art. 2105 c.c.<sup>54</sup>. La corte

---

<sup>53</sup> Cass. civ. Sez. lavoro 29 febbraio 2012, n. 30060, afferma che non ci devono essere scuse per il dipendente assenteista licenziato. Se l'interruzione del rapporto è dovuta ad un'assenza prolungata e ingiustificata il lavoratore non si può appellare alla mancata affissione del codice disciplinare.

<sup>54</sup> Il lavoratore deve astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma anche di quelli che per la loro natura e le loro conseguenze appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del dipendente nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creano

di Cassazione ha precisato che <<il lavoratore deve astenersi da qualsiasi condotta che, per la natura e per le sue possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa del datore di lavoro o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto di lavoro>>. Qualora il lavoratore invochi *l'exceptio inadimplenti contractus* di cui all'art. 1460 c.c. adotta un comportamento tale da costituire giusta causa di licenziamento. Il rifiuto della prestazione lavorativa infatti rappresenta un inadempimento totale che può ritenersi giustificato solo se è posto in essere a fronte di un inadempimento altrettanto totale dalla parte datoriale. Proposta l'eccezione, il giudice deve procedere ad una valutazione comparativa degli opposti adempimenti<sup>55</sup>. Vagliando criticamente un altro d.lgs., il n. 251 del 2001, apprendiamo che il lavoratore che durante il periodo di congedo parentale si dedica ad un'altra attività lavorativa può essere licenziato per giusta causa, in quanto si configura un abuso del diritto, in particolare del diritto potestativo alla fruizione del congedo medesimo. C'è uno sviamento della funzione propria del diritto, rimesso alla valutazione del giudice. Analoghi riscontri scoviamo nel licenziamento del lavoratore che si occupa di un'altra mansione durante lo stato di malattia. Qui vi saltano all'occhio una fraudolenta simulazione ed un ritardato rientro in servizio.

Quando invece il lavoratore viene rinviato a giudizio per gravi reati non commessi nello svolgimento del rapporto di lavoro, ma reputati idonei ad intaccare il rapporto fiduciario, il giudice non deve valutare esclusivamente il dato oggettivo del rinvio a giudizio. Vigè autonomia tra il giudizio civile e quello penale. Il principio di non colpevolezza fino alla condanna

---

situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa o sono idonei a ledere, irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto stesso (Cass. 14 giugno 2004 n. 11220).

<sup>55</sup> Cass. 16 maggio 2006, n. 11430.

definitiva, proclamato dall'art. 27 Cost., riguarda le garanzie relative all'attuazione della pretesa punitiva dello Stato e non tange la disciplina dei rapporti aventi natura privatistica.

Finiamo introducendo un nuovo ed ulteriore concetto quello secondo il quale il dipendente non ha l'obbligo di garantire un risultato preciso, essendo tenuto a svolgere la prestazione lavorativa utilizzando la diligenza richiesta dalla natura dell'attività assegnatagli e rispettando le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartitegli dal datore (art. 2104 c.c.). Però, a causa della natura della prestazione commissionata e della discrezionalità operativa di cui beneficia il lavoratore, spesso è presente nei contratti di lavoro la cd. clausola di rendimento minimo, la quale può portare a domandarsi se sia rilevante il risultato della prestazione lavorativa. <<Legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia provata un'evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto realizzato nel periodo di riferimento>><sup>56</sup>.

Perché abbiamo di fronte una così cospicua e consistente elaborazione giurisprudenziale? Per le difficoltà di individuare i comportamenti dei lavoratori ritenuti rilevanti ai fini del licenziamento per giusta causa, data l'ampiezza della nozione che si rinviene nel primo comma dell'art. 2119. Indispensabile è stato l'apporto dato, in questi anni, dalla dottrina e dalla contrattazione collettiva. La giurisprudenza fa leva sull'elemento della fiducia considerato essenziale nel rapporto di lavoro, in quanto lo sottende e lo permea ed è un quid ulteriore rispetto agli obblighi nascenti dal contratto di lavoro!

Ogni licenziamento per giusta causa è, di per sé, un licenziamento disciplinare, dal che consegue che il recesso deve sempre essere assoggettato alle garanzie procedurali previste dall'art. 7 (co. 2 e 3) L.

---

<sup>56</sup> Cass. 22 febbraio 2006, n. 3676.

300/1970. Le regole contenute nell'art. 7 a cui rivolgiamo l'attenzione consistono nella necessaria contestazione dell'addebito e nel diritto di difesa del lavoratore. Se ne ricava che è disciplinare ogni licenziamento motivato con la condotta colposa del lavoratore. Le norme sulla contestazione degli addebiti e il diritto di difesa si applicano anche al licenziamento per motivi disciplinari irrogato da imprenditore che abbia meno di sedici dipendenti. L'avvenuta intimazione del licenziamento senza previo rispetto delle garanzie procedurali non ne comporta la nullità<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Cass. 11 gennaio 2011, n. 459.

### **1.7 Natura ontologica del licenziamento disciplinare; esame dei primi tre commi dell'art. 7 Statuto dei lavoratori: si applicano a tutti i licenziamenti derivanti da inadempimento**

Una famosissima sentenza della Corte Costituzionale del 1982, la n. 204, ha portato all'affermazione del licenziamento ontologicamente disciplinare. Il licenziamento, secondo De Luca Tamajo, deve ritenersi la più grave delle sanzioni disciplinari da comminarsi a seguito di un notevole e colpevole inadempimento del prestatore, coprendo interamente l'area del licenziamento per giustificato motivo soggettivo e quasi totalmente quella del licenziamento per giusta causa. Per quanto riguarda le garanzie procedurali, a cui poco sopra abbiamo accennato, devono naturalmente essere applicate ai licenziamenti per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo alcuni principi espressi nell'art. 7 L. 300/1970: quello della pubblicità delle sanzioni disciplinari e delle infrazioni (precedenti in ordine cronologico) riscontrabile nel primo comma, la tutela della preventiva contestazione dell'addebito e della difesa (comma 2) e quello dell'assistenza dell'associazione sindacale (comma 3).

Per mera completezza la prassi contrattuale ci ricorda che le sanzioni disciplinari sono in ordine crescente di gravità: il rimprovero verbale; l'ammonizione scritta; la multa; la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione; il licenziamento disciplinare. L'ultimo componente del suddetto climax ascendente mostra lo spessore dell'oggetto della nostra attenzione. Solo dopo aver comunicato al lavoratore inadempiente, con precisione e prontezza, le motivazioni che spingono ad adottare un provvedimento disciplinare<sup>58</sup> e solo dopo che costui abbia apportato le

---

<sup>58</sup> Cass. civ., 15 gennaio 2009, n. 834. Si deduce che la motivazione del licenziamento deve essere sufficientemente specifica e completa, ossia tale da consentire al lavoratore di individuare con chiarezza e precisione la causa del suo licenziamento, così da potere esercitare un'adeguata difesa svolgendo ed offrendo idonee osservazioni o giustificazioni, dovendosi ritenere equivalente alla materiale omissione della comunicazione dei motivi la comunicazione che sia totalmente incapace di assolvere il fine cui la norma tende.

proprie controdeduzioni, il datore può irrogare la sanzione del licenziamento osservando le altre modalità contenute nella legge 604/1966. Con riferimento alla violazione dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, il licenziamento causato da motivi disciplinari è la reazione del datore di lavoro al mancato rispetto degli obblighi di diligenza e fedeltà che incombono sul lavoratore ai sensi degli artt. 2104 e 2105 c.c.. Si deve tuttavia precisare che è etichettato come disciplinare anche il licenziamento proveniente dal comportamento del lavoratore che, nonostante abbia eseguito diligentemente la propria prestazione, non abbia ottemperato alle direttive del datore (cd. insubordinazione). Come possiamo immaginare, vi sono una serie di obblighi aggiuntivi, tutti indistintamente diretti a delineare la perfetta esecuzione della prestazione lavorativa nella misura in cui la stessa sia utile al datore di lavoro. Al fine di comprendere in quale caso o situazione il comportamento del lavoratore è adatto a motivare un licenziamento si verifica, in prima battuta, se lo stesso sia inserito nel codice disciplinare. Trasversale e fondamentale principio degli ordinamenti democratici è quello della proporzionalità; abbandonando il profilo generale di questo principio, intendiamo esplicitare come agisce nel nostro caso particolare. L'art. 2106 c.c. sancisce che l'applicazione della sanzione disciplinare debba essere proporzionata alla gravità della infrazione commessa dal lavoratore. Ciò che non è scritto nell'art. 7 ma che comunque abbiamo già avuto modo di esaminare è il criterio dell'immediatezza e della tempestività, da reputarsi ormai *ius receptum*<sup>59</sup>. I

---

<sup>59</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 8 giugno 2009, n. 13167. Nella materia del licenziamento disciplinare, il principio dell'immediatezza della contestazione, che trova fondamento nell'art. 7, III e IV comma, legge 20 maggio 1970, n. 300, mira ad assicurare al lavoratore incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, così da consentirgli il pronto allestimento del materiale difensivo per poter contrastare più efficacemente il contenuto degli addebiti e, da un altro lato, nel caso di ritardo nella contestazione, ha lo scopo di tutelare il legittimo affidamento del prestatore sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto incriminabile, con la conseguenza che, ove la contestazione sia tardiva, si realizza una preclusione all'esercizio del relativo potere e l'invalidità della sanzione irrogata.

due termini rispondono, nella prassi, alla compiuta realizzazione delle medesime esigenze, eccetto per il fatto che il primo si riferisce alla contestazione dell'addebito, invece il secondo alla irrogazione della sanzione disciplinare. La Suprema Corte, con sentenza 30 marzo 2012, n. 5116, parliamo dunque di poco più di un anno fa, ha affermato che <<la valutazione della tempestività dell'irrogazione della sanzione disciplinare ha come momento di riferimento l'audizione (o il giorno fissato per la stessa) del lavoratore incolpato>>. Solo dopo l'audizione il datore può procedere a giudicare eventuali giustificazioni prodotte dal lavoratore incolpato e decidere se adottare, o meno, il provvedimento disciplinare. La *ratio* dell'immediatezza riflette la necessità che sia osservata la regola della buona fede e della correttezza del rapporto di lavoro, la quale impedisce al datore di rimandare la contestazione. Il rinvio di quest'ultima rende impossibile o eccessivamente difficile la difesa del lavoratore. Questo è contrastante con quanto prescritto dal nostro codice civile. Sostanzialmente il principio in considerazione auspica la continuità cronologica tra la mancanza disciplinare e la contestazione dell'addebito<sup>60</sup>. Lo conferma la Cassazione già nel 2004 (sentenza n. 8914). In un'ottica opposta, la giurisprudenza interpreta il principio dell'immediatezza con elasticità, dando più valore all'analisi di ciò che è concretamente avvenuto. Indispensabile è il bilanciamento fra l'interesse del datore a non procedere senza aver acquisito i dati essenziali della vicenda e del dipendente a vedersi contestati gli accadimenti in un ragionevole lasso di tempo dalla

---

<sup>60</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 14 ottobre 2009, n. 21795. In questa sentenza ritroviamo il principio dell'immutabilità della contestazione dell'addebito disciplinare mosso al lavoratore ai sensi dello statuto lavoratori, il quale preclude al datore di lavoro di licenziare per altri motivi, diversi da quelli contestati, ma non vieta di tenere in considerazione fatti non contestati e collocantisi a distanza anche superiore ai due anni dal recesso quali circostanze confermatrici della significatività di altri addebiti posti a base del licenziamento, al fine della valutazione della complessiva gravità, sotto il profilo psicologico, delle inadempienze del lavoratore e della proporzionalità del correlativo provvedimento sanzionatorio dell'imprenditore.

loro commissione. Concetti astratti come ragionevolezza hanno un peso specifico ed ineliminabile nel diritto. Laddove il lavoratore sollevasse un'eccezione per la tardività della contestazione, graverebbe sul datore l'onere di provare che il ritardo è connesso strettamente all'esistenza di motivi che gli hanno impedito di conoscere celermente il fatto successivamente addebitato al dipendente. Non si può dunque procrastinare la contestazione fin quando si abbia assoluta certezza dei fatti. Il lavoratore è fuor di ogni dubbio svantaggiato da contestazioni avventate e, per questa ragione, al datore è proibito formularle genericamente. Si attuerebbe, altrimenti, una preclusione di un reale diritto di difesa. Il difetto di specificità è sanato dalla circostanza che il lavoratore si sia difeso nel merito. Ma quand'è che si ha specificità? Quando siano state offerte le indicazioni indispensabili a circoscrivere nella sua materialità il fatto in cui il datore ha percepito la presenza di infrazioni disciplinari.

Un altro onere incombe sul datore ossia la pubblicità delle sanzioni disciplinari in caso in cui abbia deciso fattispecie integranti il giustificato motivo soggettivo o la giusta causa. Se il licenziamento fa riferimento a situazioni concretanti violazioni di doveri fondamentali legati al rapporto di lavoro non trova applicazione la garanzia di pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti<sup>61</sup>. Successivamente torneremo ad esaminare il licenziamento disciplinare.

---

<sup>61</sup> Cass. 29 maggio 2012, n. 8535.

## **1.8 Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: la tutela obbligatoria e il suo campo di applicazione**

Con l'espressione "tutela obbligatoria" intendiamo riferirci al soggetto passivo del diritto alla tutela stessa, quindi al datore di lavoro, costretto quindi "obbligato" a non licenziare se non di fronte a determinate condizioni, precedentemente stabilite dalla legge<sup>62</sup>. La natura delle conseguenze del licenziamento illegittimo è rimasta di tipo economico, come era originariamente nella legge 15 luglio 1966, n. 604, nonostante l'intervento delle leggi del 1990 e del 2010. Queste hanno però delineato nuovi criteri di determinazione della penale risarcitoria, per la quale è necessario studiare l'art. 8 della legge del 1966. La legge 108 del 1990, all'art. 5 come sicuramente ricorderemo, ha fatto divenire obbligatorio il tentativo di conciliazione preventivo rispetto alla proposizione del ricorso giurisdizionale. Di cosa pecca questa legge? Di non aver razionalizzato le conseguenze del licenziamento illegittimo nello spazio riservato alla tutela obbligatoria. Non ha colto un'occasione insomma, non modificando la suddivisione tra i vizi formali e quelli sostanziali<sup>63</sup>. Ed a proposito dell'efficacia di questa tutela cosa viene messo in risalto<sup>64</sup>? Una parte della dottrina si è pronunciata dichiarandola una "variante onerosa dell'esercizio del potere di recesso datoriale"<sup>65</sup> oppure da un'altra angolazione hanno

---

<sup>62</sup> M. Dell'Olio, Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari, Relazione svolta alle Giornate di studio A.I.D.L.A.S.S. di Torino, 16-17 maggio 1987, in Atti, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 19 – 20.

<sup>63</sup> A. Boscati, La tutela obbligatoria, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, vol. III, a cura di M. Miscione, Utet, Torino, 2007, p. 318.

<sup>64</sup> G. Pera, La cessazione del rapporto di lavoro, Cedam, Padova, 1980, p. 153, secondo il quale la tutela offerta dall'art. 8 della legge 604/1966 non compensa il dipendente del danno subito; per M. Persiani, La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da L. Riva Sanseverino e G. Manzoni, vol. II, Il rapporto di lavoro, Cedam, Padova, 1971, p. 695, la normativa che stiamo trattando non fornisce nessuna tutela al diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro.

<sup>65</sup> E. Ghera, Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento, in *Lav. dir.*, 1992, p.466.

pensato ad “una degradazione della giusta causa a mero limite obbligatorio”<sup>66</sup>.

Il campo di applicazione della tutela obbligatoria si ricava in via residuale e complementare da quello della tutela ripristinatoria. Come riferimento normativo conviene guardare all’art. 2 della legge n. 108/1990. Trattiamo sostanzialmente di imprese o unità produttive con meno di 15 lavoratori nell’unità produttiva ove si è verificato il licenziamento, o nello stesso comune, ed ad ogni modo meno di 60 prestatori di lavoro in totale. Oltre alla particolare disciplina dei soci di cooperative di produzione e lavoro, vanno esclusi dall’ambito di applicazione della tutela in questione i pubblici dipendenti. Questa affermazione può essere argomentata partendo dal dato letterale, ossia l’art. 51, comma 2, d.lgs. 165/2001; ivi espressamente si dichiara applicabile ai rapporti di lavoro pubblici il c.d. Statuto dei lavoratori e la tutela dell’art. 18, non influenzando il numero dei dipendenti. Ed ora che è entrata in vigore la riforma qualcosa è cambiato? In questo contesto è degno di merito ribadire la facoltà che le innovazioni incamerate dall’art. 18 della legge n. 300 possano trovare istantanea applicazione ai lavoratori pubblici, in quanto l’art. 52, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, disposizione che gode di specialità, ritiene estensibile alle pubbliche amministrazioni l’intero Statuto dei lavoratori e le “successive modifiche ed integrazioni”<sup>67</sup>.

Una categoria sottratta alla tutela reale sono i datori di lavoro non imprenditori che si occupano di un’attività, senza finalità di lucro, di carattere “politico, sindacale, culturale, di istruzione, o di religione o di

---

<sup>66</sup> G. F. Mancini, Sub art. 18, l. n. 300/1970, in G. Ghezzi – G. F. Mancini – L. Montuschi – U. Romagnoli, Statuto dei diritti dei lavoratori, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna – Roma, 1981, p.84.

<sup>67</sup> A. Tampieri, La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, in G. Pellacani, Riforma del lavoro, Giuffrè, Milano, 2012, p. 27.

culto”<sup>68</sup>. Al giudice deve fornirsi prova dei requisiti previsti dalla legge: la riferibilità del datore ad un’organizzazione di tendenza, la mancanza di uno scopo di lucro, l’assenza di un’organizzazione territoriale. È l’art. 4 della legge n. 108/1990 che disciplina gli effetti e le conseguenze di questi licenziamenti illegittimi. In dottrina hanno operato una *distintio* tra elementi negativi che danno forma alle organizzazioni di tendenza (il non avere struttura imprenditoriale e le finalità lucrative) e gli elementi positivi (in primis la tendenza ideologica e la capacità di riscontrarsi nelle attività enumerate dalla norma)<sup>69</sup>.

Non è infine importante che l’attività compiuta dall’organizzazione sia diretta esclusivamente a soggetti associati o anche ad iscritti alle associazioni sindacali alle quali l’ente erogatore sia connesso. Quando il dipendente domanda una pronuncia di accertamento dell’invalidità del licenziamento e di reintegrazione, ove sia possibile, nel posto di lavoro, *il petitum* sostanziale comprende implicitamente quello concernente la tutela obbligatoria (art. 8 della legge n. 604/1966). Non viene violato il principio della corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, stante nel processo, da ricollegare al noto brocardo latino *ne eat iudex extra petita partium*, con la pronuncia del giudice adito che, reputando insussistenti le condizioni per la tutela reale, costringa il datore il quale abbia illegittimamente licenziato il lavoratore alla riassunzione o all’elargizione dell’indennità delineata nell’art. 8 già citato. Le tesi della giurisprudenza che potremmo denominare della reciproca “compenetrazione” delle tutele obbligatoria e reale fanno sì che laddove il dipendente invochi la reintegrazione nel suo posto lavorativo in giudizio, nominando erroneamente il solo art. 8 della legge n. 604/1966 e non l’art. 18 della legge n. 300 il giudice può ravvisare nelle enunciazioni

---

<sup>68</sup> A discrezione di G. Pera, voce Licenziamenti, in Enc. giur. Treccani, vol. XIX, Roma, 1990, si parla del primo riconoscimento formale delle imprese “di tendenza”.

<sup>69</sup> A. Niccolai, Sub art. 10, legge 604/1966, in O. Mazzotta, I licenziamenti. Commentario, Giuffrè, Milano, 1999, p. 606.

comprese nel ricorso introduttivo una invocazione sottointesa della norma dello statuto<sup>70</sup>. La tutela obbligatoria è meno ampia rispetto a quella reale. Seguendo lo stesso ragionamento la domanda avanzata ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604 proposta per la prima volta in appello, subordinatamente alla tutela "forte" non va reputata nuova ai fini dell'operatività del sistema delle preclusioni stabilito dalla legge processuale<sup>71</sup>. Il dipendente che domandi la riassunzione ex art. 8 della legge n. 604 del 1966 in via succedanea rispetto alla tutela reale è obbligato a promuovere il tentativo di conciliazione in base all'art. 5 della legge n. 108 del 1990<sup>72</sup>.

Ci sono dei limiti però all'elasticità della domanda risarcitoria di cui all'art. 8 della legge n. 604. Non può infatti estendersi fino a ritenere implicita la richiesta di annullamento del recesso (nell'istanza di liquidazione della penale risarcitoria) quando la parte attrice ne ha prospettato all'inizio la nullità<sup>73</sup>. Si notano divergenze fra le forme di tutela in analisi anche per quanto riguarda i provvedimenti cautelari, dal momento che può ritenersi esistente a priori la condizione del *periculum in mora* vertendosi nell'ambito del licenziamento intimato nella stabilità obbligatoria<sup>74</sup>. Possiamo ricordare che a parere della Corte Costituzionale antico e consolidato, di fronte a un rapporto di lavoro dotato di stabilità, la prescrizione non è differita all'atto della cessazione del rapporto stesso ma bensì decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Cass. 18 luglio 2007, n. 15966.

<sup>71</sup> Cass. 11 settembre 1997, n. 8906.

<sup>72</sup> Trib. Milano 20 gennaio 1999.

<sup>73</sup> Cass. 11 gennaio 1997, n. 202.

<sup>74</sup> È importante adesso il Trib. Milano 18 settembre 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000.

<sup>75</sup> Parliamo della pronuncia Corte coss. 1 giugno 1966 n. 63.

## 1.9 Il contenuto della tutela obbligatoria

L'art. 8 della legge n. 604/1966 stabilisce, nel caso di licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ai sensi dell'art. 3 della stessa legge, la condanna del datore di lavoro a riassumere il dipendente ovvero a corrispondere una penale risarcitoria, tra 2.5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei lavoratori occupati alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del dipendente, al comportamento e alle condizioni delle parti<sup>76</sup>. Essenziale in questo regime di stabilità è l'alternativa rimessa alla facoltà di scelta del datore di lavoro tra la riassunzione del dipendente licenziato ingiustamente ed il pagamento di un'indennità risarcitoria stabilita dal giudice nel rispetto dei parametri legali.

Si caratterizza questa tutela altresì per l'effetto interruttivo nei confronti del rapporto di lavoro interessato dal licenziamento. Quest'ultimo anche se non giustificato è dal punto di vista giuridico, ed anche da quello fattuale, in grado di interrompere il rapporto definitivamente, salva la possibilità della riassunzione o meglio nuova assunzione compresa nell'art. 8 della legge n. 604<sup>77</sup>. "Il limite al licenziamento è puramente indiretto"<sup>78</sup>. Sempre la dottrina ha riflettuto sul fatto che in alcun modo il datore di lavoro è obbligato ad adempiere, anzi la legge del 1966 avrebbe posto in essere una "degiurisdizionalizzazione" della materia del licenziamento, seguendo una

---

<sup>76</sup> Trib. Siracusa 16 gennaio 2006, in Mass. giur. lav., Rep. 2006.

<sup>77</sup> Trib. Genova 22 febbraio 2009; Trib. Roma 17 maggio 2007, n. 9499, in Mass. giur. lav., Rep. 2007, 110; in dottrina invece chiamiamo a riferimento C. Grassetti, Obbligo di risarcimento del danno in aggiunta alla penale prevista dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali, in Orient. giur. lav., 1968, p. 1 ss., nonché G. Ghezzi, Sul rapporto fra riassunzione e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali, in Riv. dir. lav., 1968, p. 263.

<sup>78</sup> M. Miscione, in F. Carinci, La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991, vol. I, Jovene, Napoli, 1991, p. 190.

logica di “mera monetizzazione” delle conseguenze dell’atto in parola<sup>79</sup>. Novità relative alla legge del 1990 concernono i criteri di determinazione della penale. Sono stati infatti integrati i requisiti originari con quello del numero dei dipendenti e quello delle condizioni delle parti. Inoltre mediante il c.d. “collegato lavoro”, e soprattutto mediante l’art. 30, comma 3, è stato stabilito che al fine di definire le conseguenze da riconnettere al recesso ai sensi dell’art. 8 della legge n. 604, è utile tenere presenti gli elementi ed i parametri sussistenti nei contratti collettivi stipulati naturalmente dai sindacati comparativamente più rappresentativi. In più è importante prendere atto delle dimensioni e delle condizioni dell’attività praticata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del dipendente e l’atteggiamento delle parti anche nel periodo precedente al licenziamento. I parametri nuovi di quantificazione della penale risarcitoria si sommano ed in parte sovrappongono a quelli dell’art. 8 della legge n. 604 del 1966. Esso rimane in vigore atteso che non è stato modificato. Bisognava a parere dei più attenti osservatori intervenire direttamente sulla legge del 1966 se si desiderava realmente modernizzare i parametri di quantificazione. Si critica nello stesso tempo l’utilità che le disposizioni dei contratti collettivi possano apportare alla determinazione della penale risarcitoria. Si parla di entrare nella fase dell’illegittimità del licenziamento, che è stata già accertata. Poco più tardi, a proposito delle modifiche all’art. 8 della legge n. 604/1966, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dello stesso in riferimento agli artt. 3 e 44, primo comma, Cost. “nella parte in cui la norma non prevede e non consente che al licenziamento disciplinare, intimato in violazione dell’art. 7 St. lav. da parte di un piccolo imprenditore soggetto convenzionalmente al regime dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, siano comunque e inderogabilmente

---

<sup>79</sup> M. D’Antona, Sub art. 1 legge n. 604/1966, in R. De Luca Tamajo – M. D’Antona, Commentario alla legge 11 maggio 1990, n. 108, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1991, p. 162.

applicate le norme relative alla tutela obbligatoria di cui al citato art. 8, specifiche per tale tipo di imprenditore”. La questione è stata rigettata dalla nostra Corte. Nel caso di specie, l’estensione della tutela reale era avvenuta per mezzo della contrattazione collettiva, la quale non è lecito essere compresa tranne nel caso in cui immetta un trattamento peggiorativo per i soggetti protetti o si prospetti un superiore interesse generale<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Corte cost. 23 aprile 1998, n. 143, in Riv. giur. lav., 1998, II, p. 728.

### **1.10 L'obbligo di riassunzione e la penale risarcitoria**

La riassunzione derivante dall'ottemperanza di una condanna ex art. 8 della legge n. 604/1966 provoca la ricostituzione *ex nunc* del rapporto lavorativo. Abbiamo accennato che la dottrina ha voluto in proposito parlare di un negozio valido e contemporaneamente di un fatto illecito destinato in ogni caso a far ricevere al lavoratore un risarcimento del danno. Si seguono successivamente le normali regole sulla formazione dei contratti. Il datore mette in atto un'offerta di riassunzione che potremmo benissimo equiparare ad una proposta contrattuale finalizzata a ricostituire un nuovo rapporto. Il lavoratore deve a quel punto accettarla, poiché non sarebbe comprensibile una riassunzione contraria alla volontà del prestatore di lavoro<sup>81</sup>.

Va evidenziato che il termine, presente nella legge, di tre giorni per la riassunzione ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966, non è contraddistinto dalla perentorietà. Viceversa il datore di lavoro sarebbe vincolato al versamento dell'indennità esclusivamente a ragione del superamento del termine.

Alternativamente alla riassunzione del lavoratore licenziato illegittimamente vi è la possibilità di un pagamento da parte del datore di una penale risarcitoria nella misura stabilita dal giudice. Di che natura è questa penale? Di sanzione afflittiva civile, ha lo scopo e l'intento di dissuadere il soggetto obbligato dalla violazione della norma<sup>82</sup>. Nell'area di applicazione della tutela obbligatoria, il recesso può interrompere il

---

<sup>81</sup> A questo proposito, P. Alleva, L'evoluzione dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, allo Statuto dei lavoratori, in Riv. dir. lav., 1971, p. 86; per quel che concerne la giurisprudenza Pret. Milano 16 marzo 1970, in Giur. it., 1971, I, 2, c. 40, che sostiene che la presunta continuità giuridica del rapporto si basi sul diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e sulla condizione di mora accipiendi del datore di lavoro. Vi è tuttavia chi sostiene che manchi lo spazio logico per poter applicare la mora del creditore.

<sup>82</sup> Vediamo in questo senso L. Nogler, La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i 'principi' costituzionali, in Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro di Venezia, 25 – 26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008, p. 36.

rapporto lavorativo e per deduzione la perdita della retribuzione subita dal lavoratore non può costituire un danno risarcibile<sup>83</sup>. Altro enigma da risolvere riguardo alla penale risarcitoria è quello della possibilistica restituzione delle somme eventualmente percepite dal dipendente dopo la sentenza di riforma dichiarante, in sede di gravame, la legittimità del licenziamento irrogato al lavoratore. Questa restituzione dovrebbe avvenire solo allorché la sentenza abbia sancito l'applicabilità dell'art.8 della legge n. 604/1966 al posto della tutela reale invocata dalla parte ricorrente; vista la definitiva interruzione del contratto di lavoro, il criterio della irripetibilità delle somme erogate dal datore al lavoratore non avrebbe valore per i licenziamenti compresi nel campo di applicazione della tutela "debole"<sup>84</sup>. La giurisprudenza ha considerato non spettante quest'indennità in caso di revoca del licenziamento verificatasi prima dell'impugnazione in sede giudiziale, restando però il risarcimento del danno patito ad altro titolo<sup>85</sup>. I criteri studiati per la quantificazione della penale risarcitoria vanno adoperati in concorso tra loro.

L'analisi della "vitalità" dell'impresa considerata sotto ogni aspetto va condotta adoperando congiuntamente l'elemento delle "dimensioni dell'impresa" e quello del "numero dei lavoratori"<sup>86</sup>. Per la determinazione dell'indennità è fondamentale il criterio dimensionale<sup>87</sup>. Se ricorrono

---

<sup>83</sup> Cass. 23 settembre 1986, n. 5715.

<sup>84</sup> Cass. 26 luglio 1983, n. 5141, in Foro it., 1893, I, c. 2411.

<sup>85</sup> Cass. 12 dicembre 2007, n. 26073, in Mass. giur. lav., Rep. 2007, p. 109. Supporta tale l'innovato testo dell'art. 18, comma 10 dello Statuto, introdotto dalla legge del 2012, secondo il quale la revoca del licenziamento, dichiarata dal datore di lavoro entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione al medesimo dell'impugnazione del recesso, determina il ripristino del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità; il lavoratore avrà in questo contesto diritto alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, ma non troveranno applicazione i regimi sanzionatori presenti nell'art. 18.

<sup>86</sup> G. Napoletano, La nuova disciplina dei licenziamenti individuali, Liguori, Napoli, 1990, p. 175.

<sup>87</sup> Prendiamo ad esempio, P. Sandulli – A. Vallebona – C. Pisani, La nuova disciplina dei licenziamenti individuali, Cedam, Padova, 1990, p. 52.

entrambe le condizioni dell'anzianità di servizio e della dimensione aziendale è permesso ai sensi dell'art. 8 della legge del 1966, superare il limite massimo dell'indennità risarcitoria, che ammonta a sei mensilità di retribuzione. Per determinare invece la consistenza numerico – occupazionale si usufruirà dei normali principi di computo. Semplicemente si effettuerà una generica considerazione della forza lavoro occupata. E come si procede per dar forma al criterio aleatorio delle “condizioni delle parti”? Vanno ponderate le situazioni di crisi d'impresa ed il piano patrimoniale e familiare, dal lato del datore di lavoro. Le condizioni personali ed economiche e le effettive probabilità di reperire una nuova occupazione, dal lato del prestatore di lavoro.

Come chiunque può immaginare la condotta ed il comportamento delle parti sono inesorabilmente connessi. La prima deve essere corretta; non deve causare o aggravare il danno ex art. 1227 c.c.. Oltre al caso poco sopra ricordato l'indennità potrebbe essere altresì aumentata ove la giustificazione del recesso fosse palesemente infondata o pretestuosa. Ciò potrebbe essere equiparato all'art. 5, comma 7, legge n. 108/1990. Si impone con la disposizione della legge del 1990 al giudice di considerare l'atteggiamento delle parti per la liquidazione delle spese legali<sup>88</sup>.

Più volte, soprattutto nell'affrontare l'art. 8 della legge 604, ci siamo imbattuti nella definizione di “ultima retribuzione globale di fatto” e la ritroveremo anche menzionata nell'art. 18<sup>89</sup> (Statuto lavoratori). Tuttavia nella tutela debole il risarcimento è forfettizzato dal giudice dentro ad un ambito legislativamente prefissato, nelle ipotesi alle quali invece consegue la reintegrazione nel posto di lavoro la nozione di retribuzione globale di fatto si modula in presenza di incrementi verificatisi medio tempore (tra il

---

<sup>88</sup> E. Balletti, Riassunzione o risarcimento del danno, in G. Ferraro, I licenziamenti individuali, Commento alla legge 11. 3. 1990, n. 108, ESI, Napoli, 1990, p. 104.

<sup>89</sup> B. Previdi, Sub art. 8, legge n. 604/1966, in L. Galantino, La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi, Giappichelli, Torino, 1993, p. 133.

licenziamento illegittimo e la concreta reintegrazione). Ad ogni modo a noi preme esplicitare cosa questa retribuzione comprende. Insomma vi rientra quanto in concreto il lavoratore ha percepito o avrebbe avuto diritto di percepire in dipendenza del rapporto di lavoro, comprese le indennità aventi carattere continuativo e non occasionale. Si rispettano dunque quegli articoli, il 2120 ed il 2121 c.c., che pensano ad una nozione di retribuzione con valenza perlopiù onnicomprensiva<sup>90</sup>. Si computano nella nozione che stiamo trattando pure le voci della retribuzione collegate alle contingenti modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, come le indennità dovute alla nocività, o al rischio o ancora al maneggio di denaro. Facciamo rientrare al suo interno anche i superminimi e le maggiorazioni per il lavoro straordinario fisso e continuativo<sup>91</sup>. Sostanzialmente l'ultima retribuzione in parola va determinata avendo a mente il parametro mensile dichiarato dal lavoratore ricorrente e corrispondente alle risultanze della busta paga<sup>92</sup>.

Basandoci sul presupposto che l'invito del datore a riprendere servizio debba essere concreto e puntuale e non possa semplicemente consistere in un'offerta vaga di nuova occupazione, come afferma la stessa Cassazione, possiamo dire con certezza, nonostante l'esistenza di orientamenti avversi che la relazione giuridica esistente fra riassunzione e risarcimento deve ricondursi alla categoria delle obbligazioni alternative. E la possibilità di scelta è rimessa al debitore – datore. Se una delle due prestazioni dovesse divenire impossibile, l'obbligazione che persiste sarà quella rimasta possibile, adempiendo perfettamente alla regola dell'art. 1288 del codice civile. A noi interessa sottolineare però che l'obbligazione risarcitoria, la quale scaturisce dall'illegittimità del recesso, deve rimanere anche nel caso

---

<sup>90</sup> Cass. 17 febbraio 2009, n. 3787.

<sup>91</sup> Bisogna notare sia il Trib. Cassino 30 giugno 2008 sia va ribadito che nella nozione di ultima retribuzione globale di fatto è idonea ad inserirsi ogni indennità che sia calcolabile in dodicesimi nell'ultima retribuzione prima del licenziamento.

<sup>92</sup> Ciò lo apprendiamo dal Trib. Milano 12 luglio 2008 e dalla Cass. 23 gennaio 1988, n. 543.

in cui la riassunzione sia resa impossibile per fatto del lavoratore<sup>93</sup>. Il dipendente però può domandare la liquidazione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione nella misura forfettaria di quindici mensilità. La Suprema Corte ha statuito che l'indennità di cui all'art. 8 della legge del 1966 ha la natura di credito di lavoro. È un quantum ed esattamente quanto il lavoratore avrebbe ricavato per effetto dell'attività lavorativa resa impossibile dal licenziamento illegittimo. Siamo all'interno dell'ambito del 429, comma 3, c.p.c.. Il lavoratore si vede riconosciuti, in caso di condanna del datore, gli interessi legali ed il maggiore danno dovuto alla diminuzione del valore del suo credito. Non è indispensabile nemmeno la costituzione in mora.

La penale risarcitoria, per tutti i motivi che sono stati finora esposti, assorbe gli altri profili di danno, ed anche la perdita delle retribuzioni avvenuta dal giorno del recesso fino alla condanna giudiziale ed alla riassunzione.

---

<sup>93</sup> P. Genoviva, I licenziamenti, Utet, Torino, 1988, p. 172.

### 1.11 La tutela reale

Fino a poco più di un anno fa questa tutela rispecchiava un regime sanzionatorio del licenziamento individuale illegittimo che si metteva in pratica con l'obbligo gravante sul datore di lavoro di ripristinare la funzionalità dell'antico rapporto, reintegrando il dipendente nel proprio posto di lavoro e corrispondendogli, a titolo di risarcimento del danno patito per effetto del recesso illegittimo ed eventualmente della mancata reintegrazione, un'indennità misurata sulle retribuzioni maturate e su quelle maturande dalla data del licenziamento a quella della concreta reintegra<sup>94</sup>. A favore del lavoratore quindi vi era la reimmissione nel posto di lavoro senza alcuna soluzione di continuità. Inoltre si avvantaggiava della copertura patrimoniale e previdenziale per il periodo intermedio<sup>95</sup>. Di questa copertura si beneficiava anche per il lasso di tempo successivo

---

<sup>94</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 23 novembre 2010, n. 23677; Cass. civ. Sez. lavoro, 30 dicembre 2009, n. 27844. Per quanto riguarda l'ordine di reintegrazione del posto di lavoro emanato dal giudice nel sanzionare un licenziamento illegittimo, va detto che esso esige che il lavoratore sia sempre ricollocato nel luogo e nelle mansioni originarie, salva la facoltà per il datore di lavoro di disporre con successivo provvedimento il trasferimento ad un'altra unità produttiva, laddove ne ricorrano le condizioni tecniche organizzative e produttive. Il trasferimento del lavoratore al di fuori di tali condizioni, visto che integra un inadempimento contrattuale da parte del datore, è nullo, giustifica, sia quale attuazione dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., sia in considerazione dell'inidoneità a produrre effetti da parte degli atti nulli, il rifiuto del dipendente di assumere servizio nella sede diversa cui sia stato destinato.

<sup>95</sup> Cass. Civ. Sez. lavoro, 1° aprile 2009, n. 7934. Si vede che l'omissione contributiva del datore nel periodo compreso tra il licenziamento dichiarato illegittimo e la reintegrazione non rientra in alcuna fattispecie di evasione o omissione sanzionate dall'art. 1, comma 217 ss., legge 23 dicembre 1996, n.662, applicabile "ratione temporis", né alcuna sanzione può essere irrogata per il ritardato versamento adducendo l'efficacia retroattiva che esplica la reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo, visto che il rapporto assicurativo non è assistito dalla medesima "fictio iuris" che caratterizza il rapporto di lavoro. L'efficacia del licenziamento determina, i rapporti tra datore obbligato ed ente previdenziale, l'impossibilità dei versamenti secondo le scadenze prefissate e l'obbligazione contributiva non può rivivere retroattivamente al momento della reintegra, e si da determinare la mora del debitore nei confronti dell'ente previdenziale e l'erogazione della sanzione per la relativa omissione contributiva.

all'emanazione dell'ordine della reintegra, qualora non fosse stato eseguito. Il datore in questo caso deve dare prova della sua cooperazione poiché la richiede espressamente la natura di obbligo di *facere* infungibile. Tale forma di tutela quindi era contraddistinta dall'incapacità della dichiarazione negoziale di recesso di realizzare l'effetto finale dell'estinzione del rapporto di lavoro. L'invalidità del negozio estintivo sommata ad altri elementi permette di evidenziare il carattere forte della garanzia apprestata dall'art. 18, legge n. 300/1970<sup>96</sup>. A seguito della recente riforma questa tutela è stata mantenuta ed affiancata alla tutela obbligatoria. La novella posta in essere dalla legge n. 92/2012 vuole conseguire l'ormai noto obiettivo della flessibilità in uscita. Come abbiamo appreso è stata attuata anche la riregolazione della flessibilità nell'accesso al mercato del lavoro e la ridefinizione degli strumenti di intervento dello stato a sostegno del reddito. Quello che ha dato adito ad una serie infinita di critiche è però stato il venir meno dell'uniforme riferimento alla reintegrazione quale misura sanzionatoria contro i licenziamenti intimati in difformità della regola della giustificazione necessaria. Regola che possiede ormai valenza costituzionale. Per la precisione la misura sanzionatoria viene ad essere diversificata in modo da far sì che alla reintegrazione nel posto di lavoro, immutata nella disciplina e negli effetti, venga ad accostarsi una sanzione indennitaria la quale, data per scontata la risoluzione del contratto, è finalizzata a valere come compensazione forfettaria della perdita del posto di lavoro ed è definita, in via equitativa, dal giudice (altro organo i quali poteri sono stati messi in discussione) fra un minimo (12 mensilità) ed un massimo (24 mensilità). Fatta eccezione per i vizi formali diversi dall'intimazione orale del licenziamento. Viene modulata, in relazione a differenti ipotesi di licenziamento, l'applicazione di tali sanzioni. E le ipotesi di recesso sono suddivise in categorie motivazionali. Solo per fare

---

<sup>96</sup> Subito ricordiamo M. D'Antona, voce Tutela reale nel posto di lavoro, in Enc. giur. Treccani, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 4.

un veloce e sintetico elenco abbiamo di fronte il licenziamento discriminatorio, quello disciplinare e quello economico. All'interno di queste macrocategorie ovviamente risiedono delle sottocategorie, delimitate attraverso un criterio di maggiore o minore riprovevolezza sociale della perdita del posto di lavoro. La reintegrazione nel posto di lavoro tanto ambita ed anelata, è l'unica sanzione applicabile laddove si accerti la natura discriminatoria del recesso e l'esistenza di licenziamenti intimati in violazione di specifici divieti<sup>97</sup>. Fiumi d'inchiostro invece sono stati versati con riguardo ai licenziamenti disciplinari. La reintegra è ora prevista esclusivamente a fronte dell'accertata insussistenza del fatto contestato e nel caso in cui il fatto appunto ricada tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili. Quindi si può agevolmente registrare una prevalenza della sanzione indennitaria. Essa è di quasi generale applicazione nell'area dei licenziamenti economici. Da una parte pertanto abbiamo una contrazione dello spazio riservato alla tutela reale dall'altra una conquista di territorio da parte di una nuova forma di tutela obbligatoria.

Va sottolineato però che la disciplina del 2012 trova il suo ambito di operatività definito in relazione ai preesistenti requisiti di accesso alla tutela reale, quello di carattere oggettivo e quello di carattere soggettivo. Oggettivo, come suggerisce lo stesso termine, concerne le dimensioni dell'organizzazione produttiva. Il legislatore voleva evitare alle aziende

---

<sup>97</sup> Va osservato come l'area coperta dall'art. 18 non esauriva le ipotesi di illegittimità del licenziamento secondo il normale assetto dei rapporti tra disciplina speciale e normativa comune. G. Pera, Le controversie in tema di sanzioni disciplinari di licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1971 p. 1268 ss. P. Sandulli, Commento all'art. 18, in Commentario dello Statuto dei lavoratori, diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975 p. 554 ss; P. Fergola, La teoria del recesso e il rapporto di lavoro, Giuffrè, Milano, 1985 p. 274 ss; P. Tullini, La c.d. tutela reale di diritto comune in Quaderni dir. lav. rel. ind., 1990 n. 8, p. 103 ss.

minori<sup>98</sup> gli oneri scaturenti dalla tutela forte. L'unico parametro di valutazione della dimensione occupazionale è il livello occupazionale<sup>99</sup> e non si tiene conto di indici significativi come il fatturato o il capitale impiegato. Il requisito di carattere soggettivo si rifà alla natura dell'attività svolta dal soggetto datore. Nel 1990 è stato introdotto il criterio dell'occupazione complessiva oltre i sessanta dipendenti. Sono esclusi dall'applicazione della tutela in parola i datori di lavoro non imprenditori praticanti, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione e culto e le organizzazioni di tendenza. Si applica dunque l'art. 18 statuto dei lavoratori ai rapporti in essere con qualsiasi datore di lavoro, imprenditore e non, che impieghi nel complesso più di sessanta dipendenti o che occupi più di quindici lavoratori nell'unità produttiva ove ha avuto luogo il licenziamento o in più unità produttive nell'ambito dello stesso comune o cinque dipendenti nella singola unità produttiva o nel medesimo ambito territoriale se trattasi di imprese agricole. È ormai consolidato l'orientamento per cui la determinazione del parametro dimensionale importante ai fini dell'applicabilità del regime di stabilità reale deve avvenire tenendo presente il numero dei lavoratori, non al momento dell'intimazione del recesso ma riguardando a quella che si rivela essere la normale occupazione dell'impresa. Questo di cui abbiamo appena parlato è anche stato rinominato come criterio della "media occupazionale" e mira ad ancorare il requisito dimensionale al dato del normale organico aziendale, c.d. organico oggettivo, da misurare con riferimento ad un determinato lasso temporale antecedente al recesso e corrispondente all'anno. Sono pertanto ininfluenti le contingenti contrazioni del livello

---

<sup>98</sup> L'opzione non può dirsi così netta. La soglia di accesso alla tutela reale aveva riguardo all'unità produttiva o ad ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto dotato di propria autonomia.

<sup>99</sup> Parametro criticato da M. Persiani, L'ambito di applicazione della nuova disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 5. Il criterio del numero dei dipendenti è inidoneo e fallace per individuare una soglia di tollerabilità economica dell'applicazione della tutela reale.

occupazionale avvenute in prossimità del recesso<sup>100</sup> pure quando non siano dovute a condotte elusive del datore di lavoro<sup>101</sup>.

Naturalmente più articolata è la posizione della giurisprudenza con riferimento alle situazioni in cui la modificabilità dell'organico riveste carattere strutturale, motivato dalla natura stagionale dell'attività produttiva. Parlando adesso dell'onere della prova circa la ricorrenza o meno del limite dimensionale richiesto per l'applicazione del regime della tutela esaminata, è il datore di lavoro che deve sopportarlo. È lo stesso infatti che deve provare la mancata esistenza del requisito occupazionale e quindi la mancata applicazione dell'art. 18 della legge n. 300. Il tutto viene giustificato a proposito della configurabilità della tutela reale come regime generale di garanzia del lavoratore licenziato ingiustamente. Desumiamo questo dalla riconducibilità dell'art. 18 statuto dei lavoratori alla previsione in tema di responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c. il quale appresta una tutela in forma specifica del diritto soggettivo alla conservazione del posto. La disciplina dei licenziamenti letta secondo il diritto comune assume importanza alla stregua del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. che al suo interno contiene il principio di unità per cui nessuna normativa di settore è in grado, senza necessità, di derogare al sistema generale. Il diritto del lavoratore alla conservazione del posto discende anche dal disposto degli artt. 1, 4 e 35, Cost.. dalle conoscenze privatistiche ricaviamo che si fa leva sul principio di cui all'art. 2697 c.c..

La norma appena citata rappresenta una pietra miliare rispetto alla vicinanza ed alla disponibilità del mezzo di prova. Nel nostro caso infatti le dimensioni occupazionali di un'impresa rientrano nella sfera di conoscenza

---

<sup>100</sup> Cass. 10 settembre 2003, n. 13274, che precisa come tale criterio vada riferito ai lavoratori dipendenti non potendosi ritenere tali tutti coloro che prestino la propria attività per l'azienda ma soltanto quelli ad esse collegati da un rapporto di subordinazione.

<sup>101</sup> G, Pera, Le novità nella disciplina dei licenziamenti, in En. giur. lav., vol. VII, Cedam, Padova, 1993.

dell'imprenditore grazie anche agli specifici obblighi di documentazione imposti al datore di lavoro in ordine ai lavoratori alle sue dipendenze. Affrontiamo ora la problematica relativa alla computabilità dei dipendenti legati all'organizzazione produttiva grazie a contratti di lavoro diversi dal modello standard, il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e pieno. Sono state introdotte alcune modifiche che hanno evidenziato l'insufficienza dei contenuti della disposizione recata al comma 2 dell'art. 18. Esso si preoccupa di prevedere che nel computo dei dipendenti vada tenuto conto di quanti siano stati assunti con un contratto di formazione e lavoro o con uno di lavoro a tempo indeterminato parziale per la quota di orario concretamente svolto, tenendo a mente l'orario previsto dalla contrattazione collettiva di settore, non includendo invece il coniuge ed i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e collaterale. Voleva cristallizzare una regola certa davanti al proliferarsi di nuove tipologie di rapporto introdotte dalla legge 19 dicembre 1984 n. 863 e aventi lo scopo di incentivare l'accesso al mercato del lavoro delle categorie svantaggiate. Attraverso il d.lgs. n. 276/2003 fu definitivamente escluso dal computo dei limiti numerici previsti dai contratti collettivi e dalle leggi per l'applicazione di particolari istituti e normative il lavoratore assunto con contratto di apprendistato.

Vanno fatti rientrare nell'organigramma aziendale i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto e perciò gli assenti per malattia, infortunio, gravidanza, puerperio e servizio militare, e quelli in ferie.

Vi rientrano anche i lavoratori in trasferta e quelli c.d. esterni in quanto sono soliti prestare l'attività fuori della sede dell'azienda, a causa della funzionalizzazione della prestazione a vantaggio dell'azienda e del fatto che alla stessa fanno capo per dare conto del lavoro eseguito e per ricevere sempre nuove direttive.

Per il lavoratore a termine occorre procedere ad una differenziazione; sono computabili se inseriti nell'ordinario ciclo produttivo e compresi

nell'organigramma aziendale. Non lo sono quelli adibiti a sopperire le esigenze eccezionali e momentanee o quando l'impiego per il quale sono stati assunti sia occasionale. Nel 2001, con il d.lgs. 368, hanno esteso la computabilità dei lavoratori assunti con un contratto a termine di durata superiore ai nove mesi.

Il lavoratore somministrato è in modo speciale computato nell'organico dell'agenzia fornitrice ove sia stato assunto con contratto a tempo indeterminato.

Per quanto infine riguarda i lavoratori legati all'impresa da un contratto di lavoro intermittente va affermato che si computano nell'organico della stessa "ai fini dell'applicazione di normative di legge in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ogni semestre". Queste sono le novità apportate dalla legge Biagi.

Soffermiamoci per un istante sulla nozione di unità produttiva. Essa è ogni articolazione autonoma dell'impresa o azienda idonea, sotto il profilo funzionale o finalistico, ad esplicare in tutto o in parte l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa della quale è una componente organizzativa e quindi rappresenta una struttura distinta dal punto di vista economico, produttivo e spaziale dagli altri luoghi di lavoro ove si esercita l'attività dell'impresa<sup>102</sup>. Infine è da ricordare che il riferimento contenuto nell'attuale art. 18 statuto dei lavoratori, ed in passato assente dall'art. 35 della stessa legge, all'unità produttiva "nella quale ha avuto luogo il licenziamento" non determina la revisione dell'invalso orientamento per il quale bisogna rifarsi all'unità produttiva cui il dipendente risulta normalmente addetto o nel caso dei lavoratori inviati in trasferta o momentaneamente trasferiti o destinati all'estero o c.d. esterni dalla quale esso dipenda funzionalmente<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Cass. 4 ottobre 2004, n. 19837, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p. 943.

<sup>103</sup> Cass. 21 gennaio 1980, n. 3922, in *Foro it.*, 1981, I, p. 46.

Come ormai abbiamo ripetuto più volte la novità che ha suscitato maggiore scalpore riguarda la possibilità che la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro possa essere stabilita attraverso la previsione di un sistema di graduazione nella valutazione dei motivi posti alla base del recesso. È di fatto rimessa al giudice la valutazione in merito alla sanzione applicabile sia per quel che concerne il licenziamento c.d. disciplinare sia per quello per giustificato motivo oggettivo. Quindi avremo l'occasione di assistere ad una reintegrazione, limitata nell'ammontare delle mensilità massime dovute a titolo di risarcimento del danno, oppure ad una liquidazione di un'indennità risarcitoria sostitutiva per così dire della reintegrazione, ferma rimanendo la intervenuta cessazione del rapporto di lavoro. Alcuni commentatori ritengono che queste novità vadano apprezzate ed anzi fortemente incentivate allo scopo di contrastare il dualismo ingessato del vecchio testo dell'art. 18 Stat. Lav.

Nel licenziamento disciplinare vengono introdotte le più vistose novità. Parliamo naturalmente della situazione in cui il licenziamento viene messo in atto per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. È la fattispecie maggiormente riscontrabile nelle aziende. La riforma ha provveduto a specificare che il giudice potrà reintegrare il lavoratore unicamente laddove accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa perché non sussistono i fatti contestati, oppure il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Il risarcimento dei danni non sarà illimitato e non sarà di conseguenza neppure pari al numero dei mesi che intercorreranno tra il licenziamento e la sentenza di reintegrazione. Sarà limitato ad un'indennità onnicomprensiva entro un massimo di 12 mensilità di retribuzione, provvedendosi anche alla deduzione *dell'aliunde perceptum*.

Da aggiungere è la circostanza che il rapporto si intende risolto se il lavoratore non riprende servizio entro trenta giorni dall'invito del datore.

Il Giudice << nelle altre ipotesi >> di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo valutato ingiustificato è tenuto a dichiarare risolto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento ed a determinare un'indennità risarcitoria onnicomprensiva tra 12 e 24 mensilità. Si arriverà perciò ad una valutazione "affievolita" di illegittimità del licenziamento. In queste ipotesi verranno fatti rientrare i casi in cui i fatti contestati non conterranno un profilo di gravità assoluta del licenziamento intimato ma faranno sorgere i presupposti per l'applicazione di una sanzione attenuata rispetto a quella consistente nella reintegrazione nel posto di lavoro. Per alcuni la nuova formulazione dell'articolo ora considerato potrà consentire degli aggiustamenti di equità, utili nella realtà di ogni giorno.

Partendo dal quarto comma dell'art. 18 L. 300, se viene accertato che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore, per insussistenza del fatto contestato o perché quest'ultimo rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa prevista dai contratti collettivi o dai codici disciplinari applicabili, il giudice annulla il licenziamento, oltre a condannare il datore alla reintegrazione, come esplicitato poco fa.

È stato più volte ripetuto lo scorso anno di fronte alla riforma che ora abbiamo a disposizione una tutela reale debole, volta a ridurre i costi a cui sarebbe stato soggetto il datore ed a permettergli di sapere a priori l'importo massimo che dovrà subire in caso di esito negativo del giudizio. La palpabile difficoltà d'individuare quale sia il fatto contestato subito si presenta. C'è da chiedersi inoltre quale sia il limite entro il quale si può definire l'insussistenza. L'insussistenza si verificherà ogni volta che il datore incorrerà in un lapsus, quindi: nella contrattazione collettiva era conseguente a quel fatto una sanzione disciplinare e lui ha erroneamente

applicato quella espulsiva del licenziamento. Il punto consiste nell'apprestare la tutela più forte nei casi più gravi<sup>104</sup>.

Sappiamo essere decisiva l'interpretazione della nozione di fatto ed è proprio nel momento della determinazione dei suoi limiti che la dottrina di è divisa. Secondo un primo orientamento il fatto della cui sussistenza o meno si tratta sarebbe sempre e solo il fatto inteso naturalisticamente. Nel licenziamento scaturente da ragioni soggettive, la condotta materialmente tenuta dal lavoratore, senza nessuna importanza del momento valutativo della condotta medesima, apprezzabile solo in un momento successivo ai fini dell'accertamento dell'inadempimento, è da confinare in quelle altre ipotesi alle quali viene riservata solo una tutela indennitaria.

Nel licenziamento dovuto a ragioni oggettive, il fatto insussistente sarebbe rappresentato anch'esso dal fatto puramente materiale alla base del recesso, quale ad esempio la soppressione di un reparto che non viene soppresso o il venire meno di una commessa che al contrario viene incrementata<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Il Tribunale di Bologna (15 - 10 - 2012) ha affermato che: <<la recente riforma dell'art. 18 della legge n. 300 ha cambiato la predetta norma ed ha delineato le fattispecie di licenziamento disciplinare con reintegra, distinguendole da quelle di licenziamento disciplinare senza reintegra>>. Nel caso esaminato dal tribunale ricorrono entrambe le ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 18. Per quanto riguarda la fattispecie inerente alla c.d. insussistenza del fatto contestato, osserva il Tribunale che la norma in questione parlando di fatto fa riferimento al c.d. fatto giuridico, inteso come fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo. Per quanto riguarda la situazione inerente l'ipotesi che il fatto rientri tra le condotte punibili con la sanzione conservativa, nota il Tribunale che l'art. 9 Sez. 4 Titolo 7 CCNL Metalmeccanici 2008, applicabile al rapporto in questione, prevede solo sanzioni conservative per la fattispecie della c.d. lieve insubordinazione nei confronti dei superiori, previsione in cui rientra il fatto commesso dal ricorrente.

<sup>105</sup> A. Vallebona, L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 622 ss.; in più si veda A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 629; C. Pisani, L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova, in *Mass. giur. Lav.*, 2012, p. 741 ss.

Una tesi opposta muove dalla constatazione che, nel campo del diritto, il fatto non potrebbe mai essere quello materiale nudo e crudo, ma unicamente un fatto giuridico, ove l'elemento naturalistico si combina imprescindibilmente con il momento valutativo di produzione di determinati effetti. Quindi l'insussistenza del fatto di cui al comma 4 sarebbe equivalente ad una insussistenza dell'inadempimento nel caso di licenziamento disciplinare; nel caso invece di licenziamento per motivi oggettivi equivarrebbe alla carenza di tutti quegli elementi che tradizionalmente lo hanno caratterizzato, ovvero l'effettività della scelta riduttiva, il nesso di causa, la non ricollocabilità del lavoratore<sup>106</sup>.

Non sempre durante il procedimento di accertamento del giudice i fatti sono con semplicità isolabili. A volte è possibile scomporli in vari elementi alcuni essenziali ed altri no. Frequentemente non sono idonei ad essere catalogati secondo una secca e precisa alternativa tra sussistenza ed insussistenza. Come più volte, evidenziato possono essere più di uno e diventa ancora più complesso individuare quando scatti il requisito della insussistenza.

La prima corrente di pensiero che abbiamo esaminato lascia negli studiosi alcune perplessità. Non è dato sapere infatti cosa accada nelle situazioni nelle quali il fatto esista dal punto di vista naturalistico ma sembri ictu oculi incapace di giustificare il provvedimento espulsivo, vissuto come profondamente ingiusto dal comune sentire sociale. Questa teoria non è in grado nemmeno di riempire di vero contenuto le <<altre ipotesi>>, diverse da quelle determinate in modo espresso.

L'espressione normativa nel caso del licenziamento disciplinare non si riferisce, a parere di molti, all'insussistenza del mero fatto, ma a quella del fatto contestato, assume pertanto un rilievo indiretto una soglia minima di

---

<sup>106</sup> V. Speciale, La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia, in Riv. it. dir. lav., 2012, I, p. 552. Alla stessa conclusione perviene S. Magrini, Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18), in Arg. dir. lav., 2012, p. 536.

antigiuridicità oggettiva. È proprio lei ad essere opposta dal datore al lavoratore. Si lamenta il comportamento tenuto dal lavoratore perché è sentito in sé e per sé contrario agli interessi presenti in quel rapporto tra le due parti e contrastante anche con la struttura organizzativa.

Un altro parametro utilizzabile è quello che valorizza il nesso causale tra il fatto ed il licenziamento di quello specifico lavoratore. Deve essere stato proprio quel dipendente ad averlo commesso e deve essere stato proprio quel fatto a far scaturire il licenziamento.

Altri criteri papabili sono quelli della frode alla legge, del motivo illecito ed addirittura dell'abuso del diritto.

Possiamo sostanzialmente dire che il criterio adottato dal legislatore mira a non concedere al datore il beneficio del regime indennitario nelle circostanze in cui sia particolarmente grave la sua colpa per aver intimato il licenziamento illegittimo. La gravità della colpa è strettamente connessa al fatto che il datore ha operato con leggerezza nel predisporre e disporre il licenziamento sia in ordine all'accertamento del fatto che in ordine alla valutazione del profilo giuridico.

Inizialmente tra i vizi che conducevano alla reintegrazione veniva annoverato anche quello del dipendente che non abbia commesso il fatto. Questa terza formula però è stata accorpata nella prima<sup>107</sup>. Da un'ordinanza del Tribunale di Bologna già citata si ricava che per fatto dovrebbe intendersi <<un'azione del lavoratore qualificata da una specifica volontà e finalità, tale da poter configurare una causa legittima di licenziamento>> ossia <<un'azione/omissione caratterizzata da una certa gravità anche sotto il profilo degli intenti perseguiti>>. Quest'interpretazione è stata da più parti accusata di forzare la lettera della legge.

Se si pensa che il regime della reintegrazione è voluto per le ipotesi di grave colpevolezza di chi ha posto in essere il licenziamento, possiamo affermare

---

<sup>107</sup> C. Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in Arg. dir. lav. 2012, p. 569.

che l'errore circa l'esistenza del fatto è grave perché il fatto è verificabile sul piano fenomenologico. Non c'è bisogno dunque, per accertarlo, di valutare i requisiti giuridici.

Il licenziamento disposto per "fatto inconsistente", in frode al comma 4 dell'art. 18, è regolato dalle norme che il datore voleva eludere, quindi, in seguito all'annullamento dell'atto, ai sensi di tale comma, opererà il regime della reintegrazione qui previsto.

Per quel che concerne il secondo vizio specifico del licenziamento, anch'esso frutto di vari accordi nella fase dei lavori preparatori, va osservato che le clausole dei contratti collettivi che disciplinano le mancanze e le sanzioni sono formulate in modi vari. In alcuni contesti consentono di capire immediatamente che le condotte previste non portano al licenziamento. Le disposizioni per interessare il nostro discorso devono soddisfare un requisito di specificità qualificata, tale da permettere al datore di rappresentarsi agevolmente che la tipologia di mancanza commessa dal lavoratore poteva essere punita mediante una sanzione conservativa. Il requisito ricorre solo se il contratto collettivo, tanto discusso nell'ordinamento italiano, tipizza le mancanze in maniera tale che il giudizio in astratto della gravità delle stesse sia incorporato nelle norme del contratto in parola e non residui la necessità che questa valutazione sia compiuta personalmente dal datore.

L'accertamento da parte del giudice del difetto di giustificazione di cui si sta parlando non presuppone affatto che sia stata preliminarmente appurata la sussistenza del fatto contestato al lavoratore, basta che questo integri una condotta punibile con una sanzione conservativa secondo le previsioni generali ed astratte del contratto collettivo o del codice disciplinare.

Una forma attenuata di risarcimento è prevista per i vizi di natura formale riguardanti il requisito della motivazione (art. 2, comma 2, legge n. 604/1966) o per la violazione della procedura ex art. 7 sempre della legge n. 604. Il giudice procederà a dichiarare il licenziamento inefficace e risolto il

rapporto di lavoro dalla data del licenziamento, liquiderà al lavoratore un'indennità risarcitoria onnicomprensiva tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Nella violazione della procedura ex art. 7 Stat. Lav. viene ricondotto il profilo della tardività della contestazione e del recesso.

### **1.12 Conferme e ritocchi all'articolo 18 Statuto dei lavoratori**

In via preliminare è doveroso precisare che solamente due dei quattro livelli di tutela oggi previsti nell'art. 18 conservano il sistema ripristinatorio e quindi l'inidoneità dell'atto di licenziamento ad estinguere il rapporto. La prima cosa che vogliamo evidenziare della nuova "riforma Fornero" sul piano sistematico è lo sdoppiamento del percorso finalizzato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento rispetto a quello che porta alla scelta della sanzione. Il giudice, figura centrale del discorso che ci si appresta a svolgere, è obbligato a distinguere la fase di controllo in due diversi momenti. Prima si chiarirà la illegittimità o meno dell'atto di licenziamento e successivamente si procederà all'individuazione della sanzione applicabile<sup>108</sup>. Ulteriore e non meno significativa innovazione è quella della esclusione della reintegrazione per il licenziamento ingiustificato anche delle più forti realtà imprenditoriali, ad eccezione delle tre ipotesi caratteristiche di "ingiustificatezza qualificata"<sup>109</sup>. Altra visuale è rivolta alla risoluzione del problema della decorrenza della prescrizione. La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro rispetta il regime ordinario. Tuttavia nei casi in cui il rapporto non sia stabile essa è posticipata e dunque successiva alla cessazione del rapporto di lavoro. La dottrina non è concorde in questo ambito, in quanto vi è chi ritiene che "le modifiche all'art. 18 possano continuare a tutelare i lavoratori in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di

---

<sup>108</sup> M. Marazza, L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori, in Arg. dir. lav., 2012, p. 622.

<sup>109</sup> A. Vallebona, La riforma del lavoro, Giappichelli, Torino, 2012, p. 56.

lavoro, poiché la tutela derivante dal nuovo art. 18 è pur sempre idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato”<sup>110</sup> e chi pensa “che in questa situazione non sembra possa più sostenersi il decorso della prescrizione dei crediti retributivi nel corso del rapporto, poiché la stabilità di questo escludente il timore reverenziale non è più sempre garantita stante la tutela solo indennitaria per l’ingiustificatezza semplice”<sup>111</sup>. Ancora vi è chi reputa che “il problema, in assenza di uno specifico intervento normativo, è davvero difficilmente risolvibile”<sup>112</sup>. Il testo dell’art. 18 preesistente alle innovazioni del 1990, delineava tre distinte conseguenze per il licenziamento illegittimo: la prima era l’obbligo del datore di reintegrare il dipendente nel posto di lavoro, poi era presente l’obbligo di risarcirgli il danno subito a causa del licenziamento ed infine, se non fosse stato ottemperato l’obbligo di reintegrazione, vi era il vincolo a corrispondere la retribuzione mensile dal giorno della sentenza al giorno della reale ed effettiva reintegrazione. Nel 1990 fermo rimanendo l’obbligo di reintegrazione il datore è tenuto a corrispondere un’indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione, che non potrà essere inferiore alla cinque mensilità della retribuzione medesima. Essendo l’ordine di reintegrazione incoercibile il legislatore ha poi pensato a creare una tutela alternativa consistente nella facoltà per il lavoratore licenziato illegittimamente di chiedere, in sostituzione della reintegra, entro trenta giorni dal deposito della sentenza, un’indennità equivalente a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto. L’imprenditore è

---

<sup>110</sup> A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori, in Riv. it. dir. lav., 2012, p. 40.

<sup>111</sup> A. Vallebona, La riforma del lavoro, Giappichelli, Torino, 2012, p. 61.

<sup>112</sup> C. Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in Arg. dir. lav., 2012, p. 562. Dello stesso avviso L. Galantino, La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all’art. 18 dello statuto dei lavoratori, in La riforma del lavoro, a cura di G. Pellacani, Giuffrè, Milano, 2012, p. 266.

anche vincolato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali relativi al tempo intercorrente tra il licenziamento e l'effettiva reintegrazione.

Tra le varianti apportate dalla riforma notiamo subito la definizione della retribuzione che va presa come parametro dal giudice per la quantificazione dell'indennità risarcitoria, tanto per il primo, quanto per il secondo "livello" della attuale tutela reale. Nel testo previgente la retribuzione era soltanto <<quella globale di fatto>>, ossia quella che il lavoratore avrebbe dovuto percepire se il rapporto avesse avuto il suo normale svolgimento, mentre adesso la retribuzione da prendere in considerazione è <<l'ultima>>, ossia quella fissata al momento del licenziamento senza provvedere a pensare al possibile sviluppo. La scelta va di pari passo con il novellato art. 8 della legge n. 604 del 1966<sup>113</sup>. Il nuovo criterio è indubbiamente riduttivo rispetto alla precedente disciplina anche se non al punto da configurare un criterio predeterminato di quantificazione, potenzialmente contenitivo di ulteriori danni, atteso che si tratta sempre del danno da lucro cessante e non ci si occupa dei danni diversi ed aventi titolo autonomo, i quali possono continuare ad essere chiesti dal dipendente. Altro interrogativo è quello dell'applicabilità all'indennità risarcitoria della disciplina riguardante gli interessi e la rivalutazione monetaria: una disciplina che teoricamente sarebbe funzionale a garantire il costante valore nel tempo di un bene, nel nostro caso la retribuzione, e non assicurare l'evoluzione delle utilità del bene stesso. Tuttavia la giurisprudenza ha escogitato i meccanismi adatti affinché il dipendente non subisse un danno per il fatto di non aver potuto più lavorare a causa del licenziamento. Adesso l'indennità resta congelata al momento del recesso e non sono effettuati i calcoli di interessi e rivalutazioni. A parere di alcuni sarebbe meglio evitare un blocco totale poiché potrebbero crearsi dei contrasti con l'art. 36 Cost.. Nel comma 3 dell'art. 18 si è colta l'occasione per precisare alcune questioni: la

---

<sup>113</sup> Vedi anche art. 30, l. n. 183 del 2010.

definizione delle modalità cronologiche dell'opzione per l'indennità sostitutiva e l'individuazione del momento estintivo del rapporto in caso di esercizio della opzione medesima. Il primo dubbio proveniva da un'infelice formulazione del previgente comma 5 dell'art. 18 che prevedeva la conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro allo spirare di due termini della stessa ampiezza (trenta giorni) ma aventi inizi diversi. Un termine per rispondere positivamente all'invito del datore di lavoro decorrente dall'invito medesimo. Un termine per domandare l'indennità sostitutiva della reintegrazione che ha come momento di inizio la comunicazione dell'avvenuto deposito in cancelleria della sentenza. Il comma 3 riconferma il termine di trenta giorni ma lo fa decorrere, in modo alternativo, dalla comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza o dall'invito del datore a ricominciare il servizio, se anteriore. Qualora venisse per prima la comunicazione il lavoratore avrà trenta giorni a disposizione per optare a favore dell'indennità e laddove non esercitasse l'opzione conserverà il diritto ad essere reintegrato. Ove ipoteticamente l'invito del datore preceda la comunicazione del deposito della sentenza il lavoratore dovrà obbligatoriamente scegliere ed il silenzio causerà solo l'estinzione del rapporto e la perdita dell'indennità.

Per quanto riguarda ora la seconda fattispecie pocanzi messa in dubbio si è stabilito che già la semplice richiesta dell'indennità provochi la cessazione del rapporto. Il risultato, pur essendo conforme ai principi in materia di obbligazioni, i quali conducono all'estinzione per volontà del lavoratore dell'obbligo di reintegra e alla inconfigurabilità di un danno da risarcire, rischia di compromettere in qualche maniera il senso stesso dell'istituto dell'opzione, attraverso il quale si fornisce al lavoratore la possibilità di scambiare l'obbligo di reintegrazione con la concreta soddisfazione del diverso interesse, economico, tipizzato dalla norma<sup>114</sup>. Questa

---

<sup>114</sup> P. Tosi, L'indennità <<in sostituzione della reintegrazione>> tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni, in Arg. dir. lav., 2006, p. 421.

interpretazione non ha però trovato alcun seguito. Segnaliamo la conferma della esclusione dell'indennità sostitutiva dalla contribuzione previdenziale, poiché è una somma elargita per la cessazione del rapporto.

In cosa consiste la tutela reale “piena”? La pienezza si qualifica come tale nel confronto con il secondo livello. Il punto focale del primo livello sta nella disciplina delle indennità risarcitoria presente nel comma 2: da un lato viene riaffermata la misura minima delle cinque mensilità e dall'altro viene sancita la previsione della detrazione dall'indennità risarcitoria di quanto percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative durante il periodo di estromissione dal posto di lavoro. Per la misura minima resta in vigore la disciplina previgente.

È riportato il carattere polifunzionale del risarcimento del danno che trova un senso nella logica prevalentemente sanzionatoria dell'illegittimità del licenziamento.

Articolato e complesso è invece il discorso relativo a ciò che va detratto dal risarcimento, nella sua composizione mista di lucro cessante e danno emergente. Che implicazioni porta la previsione della detrazione *dell'aliunde perceptum*? Intanto è importante avvisare del fatto che il nuovo articolo 18 non avrebbe mai introdotto un criterio autonomo e forfettario di determinazione del danno, slegato dalle regole del diritto comune e reso uguale alla retribuzione perduta ed al suo intero ammontare<sup>115</sup>. L'espressa menzione della detrazione *dell'aliunde perceptum* sancisce in modo incontestabile il meccanismo della *compensatio lucri cum danno*. Nel secondo livello di tutela la detrazione investe anche *l'aliunde percipiendum*, ossia quanto il lavoratore avrebbe guadagnato utilizzando l'ordinaria diligenza nel periodo di estromissione dal rapporto. La differenza evidente tra i due livelli di tutela è assolutamente giustificata poiché in tutte le ipotesi di licenziamento “odioso” (ad esempio quello discriminatorio o per motivo illecito) al lavoratore deve essere garantito un risarcimento pieno senza

---

<sup>115</sup> M. Napoli, Licenziamenti, in Dig. Comm. IX, Torino, Utet, 1993, p. 69 ss.

l'imposizione di comportamenti attivi rivolti a contenere il danno causato dalla controparte<sup>116</sup>; equivale a dire che il principio di solidarietà, riscontrabile nell'art. 1227, comma 2, c.c., non ha ragione di applicarsi laddove l'autore del danno abbia gravemente violato i principi di corretta e civile convivenza sul terreno del contratto e quindi non adempiuto proprio al principio di solidarietà. Secondo alcune interpretazioni il giudice si dovrebbe ritenere obbligato a dedurre *l'aliunde perceptum* e quindi vi sarebbe un vizio della sentenza che non lo deduca. Si andrebbe a incidere su un assetto consolidato circa la individuazione e la ripartizione degli oneri di allegazione e di prova e sull'ammissibilità delle prove esplorative.

Il giudice deve adottare più naturalmente i provvedimenti istruttori necessari. Ma a noi appare più coerente la prospettiva che ritiene che i poteri del giudice si potranno sviluppare solo sulla base delle allegazioni delle parti.

Il secondo livello di tutela, a cui abbiamo più volte accennato, può qualificarsi di tutela reale depotenziata o attenuata. Questo perché la reintegrazione non viene intaccata ma vengono ristrette le conseguenze risarcitorie a beneficio del lavoratore e ammorbiditi gli oneri imposti al datore in caso di licenziamento. Le modifiche più importanti dal punto di vista giuslavoristico riguardano le prime conseguenze suddette poiché cambiano profondamente le disposizioni consolidate in tema di risarcimento del danno. Non esiste più la garanzia nella misura minima di cinque mensilità. Essa aveva nel testo originario una finalità sanzionatoria motivata dal rischio di impresa nel quale va ricompresa la eventualità di intimare un licenziamento illegittimo. Il risarcimento ora sarà dovuto solo in relazione a dei danni effettivi. Non operano presunzioni né meccanismi sanzionatori.

---

<sup>116</sup> M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2012, p. 448, sostiene che la deroga ai principi generali sul risarcimento avrebbe dovuto essere prevista espressamente.

Tuttavia non si torna nemmeno al diritto comune. Notiamo un' iniezione di una cospicua dose di specialità, ossia la previsione di una misura massima del risarcimento, quantificata in dodici mensilità e tale da minimizzare il costo dell'atto illegittimo del datore, che in assenza di questo limite dovrebbe corrispondere delle somme eccessivamente elevate, vista la poca probabilità di riscontrare retribuzioni nel frattempo provenienti da altri rapporti passibili di detrazione dal risarcimento dovuto; ci sarà forse un'agevolazione per il datore di lavoro? Il vero problema è che la tematica del risarcimento del danno tange un nervo scoperto dell'applicazione concreta dell'art. 18, legata oltre che alla norma in se, a ragioni diverse, quindi a fattori esterni, la lunghezza del processo e la situazione del mercato locale in funzione della ricollocabilità del lavoratore licenziato, che possono influire sul suo impatto. Il legislatore sembra aver tenuto conto di queste circostanze. Ha ridotto il termine per l'impugnazione giudiziale del licenziamento, mediante l'introduzione di una procedura di tutela urgente inquadrabile come una corsia preferenziale per le controversie in tema di licenziamenti. Più significativo è stato l'intervento di limitare il risarcimento spettante al lavoratore fissandogli un tetto non valicabile. Una attenta valutazione dell'effetto della nuova norma dipende dall'individuazione dell'ambito temporale nel quale il limite delle dodici mensilità andrà ad operare. L'indennità risarcitoria è commisurata <<dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione>> e fin quando quest'ultima non c'è il risarcimento "scorre" ma viene comunque arginato ed interrotto a raggiungimento delle dodici mensilità.

L'obbligo di reintegrare è facilmente eludibile dal datore di lavoro e non rappresenta un aggravio della sua posizione di debitore.

Alcuni ritengono che il tetto delle dodici mensilità opera solo per il periodo corrente fino all'atto introduttivo del giudizio; altri fino a sentenza di reintegrazione, essendo il datore tenuto per il periodo successivo alla retribuzione in virtù del ripristino del rapporto contrattuale.

Un altro passaggio discutibile è quello che si fonda su una netta distinzione tra la reintegrazione, che sarebbe <<effetto derivante direttamente dalla sentenza>> e la <<riammissione in servizio attivo>>, la quale esclusivamente vorrebbe la cooperazione del datore di lavoro; l'effetto di ricostituzione del rapporto sembra da collegare all'annullamento del licenziamento, annullamento che viene confermato dal testo dell'art. 18 e più esattamente dalle ipotesi di cui al quarto comma, nel quale è disciplinata la tutela reale attenuata o depotenziata. Da un'interpretazione letterale della norma il periodo nel cui ambito si deve quantificare il risarcimento, sia rispetto alle detrazioni che rispetto al limite massimo delle dodici mensilità, è quello di estromissione. Quest'ultimo è derivato dall'atto unilaterale del datore di lavoro che estromette esercitando un potere riconosciuto gli dall'ordinamento e *sub iudice*. In altri contesti si parla di inottemperanza alla sentenza. Nell'area *dell'aliunde percipiendum* resta da chiarire cosa voglia dire dedicarsi <<con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione>>, notata l'inevitabile discrezionalità nello scegliere gli strumenti e le modalità di quella ricerca e la non semplice individuazione di quale sia la nuova occupazione che il lavoratore ha l'onere di ricercare e quale sia l'occupazione che lo stesso, pur trovandola, possa legittimamente rifiutare.

Il comma 4 si conclude con uno sconto aggiuntivo per il datore di lavoro che è obbligato a versare i contributi previdenziali dal licenziamento fino all'effettiva reintegrazione, aumentati solo degli interessi legali. Non si vede applicate le sanzioni per il ritardo.

Trattiamo ora il terzo ed il quarto livello di tutela previsti dai commi 5 e 6 del nuovo art. 18. Anche essi sono profondamente innovativi. La tutela reintegratoria non esiste più e resta solamente la compensazione economica, determinata in misura variabile, tra le dodici e le ventiquattro mensilità per il terzo livello e fra le sei e le dodici mensilità per il quarto livello, dell'ultima retribuzione globale di fatto. Il licenziamento estingue il

rapporto, nonostante sia illegittimo e non è ipotizzata una reincarnazione in un nuovo rapporto che contraddistingue la vecchia, ma in alcuni ambiti attuale, tutela obbligatoria, visto che nel comma 5 non vi è un'alternativa alla liquidazione economica. Direi che la nuova tutela è puramente economica! Nel comma 5 però individuiamo delle complicazioni.

Si richiama a una pronuncia del giudice che, nelle ipotesi <<altre>> rispetto a quelle del comma 4, <<dichiara risolto il rapporto>> come se il licenziamento fosse improduttivo di effetti fino alla sentenza e quest'ultima gli conferisse un'efficacia estintiva. La cessazione del rapporto non può essere imputata alla pronuncia del giudice ma va ricondotta alla volontà del datore di lavoro, anche se non sorretta da giustificazione. Il giudice <<dichiara>> risolto il rapporto <<con effetto dalla data del licenziamento>>. I problemi sollevati dai commi 5 e 6 del nuovo art. 18 sono tre: la precisazione della natura giuridica delle somme dovute dal datore di lavoro, l'individuazione della *ratio* che sta alla base dei due differenti ordini di grandezza di queste somme, la determinazione dei criteri interni di modulazione delle somme medesime.

Per quanto riguarda il primo di questi problemi, la soluzione della qualificazione dell'espressione "indennità risarcitoria" è che l'impianto di base è essenzialmente risarcitorio perché la illegittima rottura di un vincolo contrattuale, tra l'altro a forte rilevanza personale, non può che produrre un danno in chi quella rottura la subisce, danno che si esaurisce anche nella perdita della retribuzione. Il legislatore semplicemente forfettizza e forfettizzando può finire per obbligare al pagamento di somme in assenza del danno da perdita di retribuzione. Ricordiamoci che l'indennità risarcitoria ha carattere onnicomprensivo che testimonia che ogni altro danno, ad esempio i danni non patrimoniali di varia natura o il danno previdenziale, viene assorbito in essa. La natura onnicomprensiva prevede una certa omogeneità fra la qualità di ciò che è assorbito e di ciò che assorbe (l'indennità).

Il secondo dilemma concerne la *ratio* della distinzione tra il comma 5 e il 6 con i diversi ordini di grandezza prestabiliti. Presumibilmente la prima “forbice”, quella tra 12 e 24 mensilità sarà il punto di riferimento di più ampia attuazione e perciò il “valore” da conferire al rapporto in ogni caso di ingiustificatezza “non qualificata”. In favore del lavoratore abbiamo sempre e comunque un minimo di dodici mensilità anche in assenza totale di un danno o in caso di un pregiudizio inferiore.

Ad ogni modo un arretramento nella tutela del lavoratore sembra essersi realizzato, visto che l’indennità è onnicomprensiva, in particolare del danno previdenziale, e visto che si è dissolto il carattere deterrente della tutela reale.

La seconda forbice, ossia il quarto livello sanzionatorio del licenziamento illegittimo, subisce delle oscillazioni, con un dimezzamento rispetto all’ipotesi precedente, tra le sei e le dodici mensilità. Questo perché sono stati svalutati i vizi di carattere formale o procedurale rispetto a quelli di carattere sostanziale. La svalutazione non va letta necessariamente in termini positivi in ragione della funzione di garanzia e trasparenza che va assegnata alle regole procedimentali. Alcuni credono che l’elaborazione della giurisprudenza costituzionale sulle regole procedurali dell’art. 7 dello Statuto dei lavoratori evaporò improvvisamente e lasciò il posto alla nuova disciplina.

Il terzo passaggio contraddistinto da incertezza riguarda l’effettiva determinazione dell’indennità risarcitoria. Questa determinazione resta affidata a parametri estranei al danno. La norma sembra discernere tra un criterio principale, l’anzianità di servizio del lavoratore <<in relazione>> alla quale l’indennità deve essere quantificata e altri parametri di cui va tenuto conto, secondo un giudizio palesemente discrezionale del giudice.

La legge tende a circostanziare la definizione del risarcimento e a controllare la discrezionalità del giudice, onerandolo di dichiarare una specifica motivazione, non essendo attenta al fatto che il giudice è portato

ad adoperare parametri equitativi. È proprio la discrezionalità che gli è utile per la ponderazione tra i vari ed eterogenei criteri.

I parametri del comma 5 sono tre.

Il primo si relazione al “peso” dell’azienda, delimitato con il numero dei dipendenti e con le dimensioni dell’attività economica, con indispensabile ricorso ad elementi diversi, come il fatturato o il tasso di tecnologia applicata o il valore degli investimenti. È la volta poi del comportamento delle parti che se riferito al dipendente serve a mettere in mostra le circostanze di contorno dei suoi atteggiamenti che, non portando ad escludere la sussistenza del fatto imputato, conducono a considerare ingiustificato il recesso. Il terzo criterio è costituito dalle condizioni delle parti, qui è più facile individuare un collegamento con le caratteristiche e le dimensioni del danno. È onere del lavoratore dimostrare la sussistenza dei criteri previsti dalla legge allo scopo di ricavare una liquidazione superiore al minimo. È importante capire che vi è un interesse del datore di lavoro a dedurre in causa uno o più criteri appena evidenziati, in funzione riduttiva dell’indennità rispetto a quanto richiesto, in attuazione di opposti criteri, dal dipendente e in una logica di eccezione oppure di controdeduzione. Anche qui va sottoposta alla nostra attenzione la vastità e lo spessore dei poteri istruttori del giudice e del rapporto tra gli stessi e gli oneri di allegazione e prova a carico delle parti. Nel caso della valutazione del comportamento e delle condizioni delle parti è improbabile che l’organo giudicante svolga indagini d’ufficio. Viceversa il criterio dell’anzianità del lavoratore deve essere applicato dal giudice a prescindere dalla deduzione del dipendente. La previsione di un obbligo di specifica motivazione trova giustificazione più pertinente allorché il giudice adoperi materiali probatori raccolti d’ufficio, essendo scontato che debba motivare di fronte ai materiali probatori offerti dalle parti in causa. È più corretto parlare di oneri di semplice allegazione.

La seconda forbice, la cui ampiezza varia tra le sei e le dodici mensilità in caso di licenziamento inefficace per ragioni procedurali, ha un criterio autonomo di determinazione dell'indennità risarcitoria, da ritenersi esclusivo degli altri criteri. Esso è dato dalla gravità della violazione procedurale o formale posta in essere dal datore di lavoro.

C'è infatti una differenza fra una motivazione solo generica e una motivazione inesistente. Vi è distanza anche tra l'omettere l'intera procedura dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori o concedere un termine per la difesa inferiore a cinque giorni.

Fortunatamente non ci sono problemi riguardo agli oneri probatori dato che se la domanda del dipendente verte sui vizi procedurali, dovrà essere lui a darne prova il prima possibile, poiché si tratta di fatti costitutivi della sua richiesta.

## CAPITOLO II

### GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

#### 2.1 Definizione di giustificato motivo oggettivo

La nozione di giustificato motivo oggettivo è espressa nell'art.3 della legge 15 luglio 1966, n. 604 ed all'interno di questa sono ricomprese le fattispecie che abbiano quale presupposto del recesso una diversa organizzazione destinata anche al contenimento dei costi dell'impresa<sup>117</sup>. L'art.3 recita: <<il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa>>. Dal dato testuale si evince che il licenziamento avviene a causa di eventi e vicende le quali, andando ad incidere sulla realtà aziendale in cui il lavoratore è integrato, mettono in luce l'effettiva esigenza del datore di lavoro di porre fine al rapporto di lavoro<sup>118</sup>.

Proprio come succede nel caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il licenziamento di cui trattasi deve essere effettuato con preavviso ai sensi dell'art. 2118 del codice civile.

Per esplicitare ancora meglio a cosa ci riferiamo basta dire che nella nozione rientrano tutte le ipotesi di giustificato motivo che fanno capo al datore di lavoro, per le quali diviene inevitabile la riduzione, non collettiva,

---

<sup>117</sup> P. Ichino, Sulla nozione di giustificato motivo di licenziamento, in Riv. it. dir. lav. 2002, I, p. 483.

<sup>118</sup> C. Zoli, I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale, in Arg. dir. lav. 2008, I, p. 35 ss. Vedi inoltre M. T. Carinci, Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 2005, p. 30 ss.

del personale<sup>119</sup>. Teniamo conto sempre del contesto storico in cui stiamo vivendo e di quanto questo tipo di recesso possa essere diffuso nel nostro paese come in tutto il mondo.

Alla nostra fattispecie sono riconducibili, ad esempio, differenti ipotesi di riassetto organizzativo per una più economica gestione dell'impresa<sup>120</sup>, la modifica dell'organizzazione del lavoro mediante l'introduzione di nuovi macchinari, la informatizzazione dei servizi<sup>121</sup>, la riduzione del numero di dipendenti<sup>122</sup>, ma anche la cessazione dell'attività produttiva, la fine lavori in un cantiere<sup>123</sup>, la chiusura di una filiale o di un reparto con i limiti che tali ultime situazioni determinano dal punto di vista della prova datoriale di non potere impiegare il dipendente altrove (c.d. onere di *repechage*). Aggiungiamo a quanto su esposto la più che lecita necessità di ottenere una migliore efficienza produttiva attraverso la redistribuzione delle attività sia all'interno del reparto o settore interessato dalla riorganizzazione, sia direttamente in capo allo stesso imprenditore.

Non è indispensabile, per la configurabilità del giustificato motivo, che siano soppresse tutte le mansioni prima attribuite al lavoratore licenziato<sup>124</sup>. In sostanza dunque il licenziamento per giustificato motivo

---

<sup>119</sup> L. Calcaterra, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Napoli, 2008.

<sup>120</sup> Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648; Cass. 22 agosto 2007 n. 17787, in *Lav. Giur.* 2008; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Giust. civ. Mass.*, 2006.

<sup>121</sup> Cass. 14 giugno 2005, n. 12769. In precedenza la giurisprudenza si era già dovuta confrontare con le esigenze connesse all'informatizzazione dei servizi. Infatti, <<il giustificato motivo oggettivo di licenziamento di cui all'art.3 della legge n.604 del 1966 può consistere nell'esigenza sopravvenuta di una riorganizzazione del lavoro attraverso la semplificazione del lavoro mediante l'impiego di una macchina elettronica, per un'apprezzabile riduzione dei costi dell'impresa; occorre che l'esigenza di tale riduzione sia imposta da una seria ragione di utile gestione dell'azienda e non di per sé per l'effetto dell'accrescimento del profitto (che da solo sarebbe un motivo personale del datore)>>- Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 4.

<sup>122</sup> Cass. 11 giugno 2004, n. 11124, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 6.

<sup>123</sup> Cass. 22 ottobre 2008, n. 22417.

<sup>124</sup> Tribunale di Milano 20 gennaio 2009 in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 178, per il quale <<è legittimo il licenziamento intimato per la chiusura della filiale presso la quale prestava la propria

oggettivo può discendere sia da ragioni di mercato che concernono motivi estranei alle scelte imprenditoriali e che possiamo definire in senso stretto produttivi sia da ragioni che derivano direttamente da ristrutturazioni e riorganizzazioni volute dall'imprenditore.

Fra le ragioni inerenti all'attività produttiva, la giurisprudenza ha in primo luogo inquadrato l'ipotesi che viene sinteticamente descritta come soppressione del posto di lavoro o dell'unità produttiva alla quale il lavoratore è addetto. La formula "soppressione del posto di lavoro" è così consolidata nel linguaggio della giurisprudenza da fare dimenticare che nell'impresa privata l'organigramma non è un dato necessariamente antecedente alle assunzioni, e non è il risultato dell'esercizio di un potere disciplinato dalla legge, un potere che debba essere esercitato secondo modalità prestabilite. Assolutamente utile è ricordare che il licenziamento giustificato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra l'ipotesi del riassetto organizzativo, messo in atto per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, essendo impedito al Giudice sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa<sup>125</sup>. La conseguenza logica di ciò è che non è soggetta all'apprezzamento del Giudice nei suoi profili di opportunità e congruità la scelta imprenditoriale che abbia avuto come esito la soppressione del settore lavorativo, del reparto o del posto cui era addetto il dipendente

---

attività lavorativa il dipendente, anche qualora ciò non comporti la soppressione delle mansioni cui egli era adibito, bensì si realizzi una loro redistribuzione tra gli altri dipendenti, ben potendo il datore scegliere di mantenere più a lungo in servizio coloro che ritiene più adeguati a far fronte alle incombenze relative alla chiusura di una sede e che sono utilizzabili in mansioni più ampie>>.

<sup>125</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 24 febbraio 2012, n. 2874. Secondo questa corte il licenziamento per giustificato motivo oggettivo comprende anche l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e voluto dall'imprenditore per fare fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario, senza soffermarsi sulla modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale.

licenziato. L'eliminazione del posto di un lavoratore raffigura di per sé un valido motivo oggettivo di licenziamento, sempre che sia palese e incontestabile la non pretestuosità e l'effettività della decisione del datore riguardante il riassetto organizzativo operato<sup>126</sup>. A partire dal 2003, con il decreto n. 276, la legge ha in più occasioni cercato di stabilire il confine del potere di controllo del giudice in relazione all'esercizio delle prerogative del datore atte a riverberare i propri effetti sulla posizione del lavoratore, chiarendo che il giudice, chiamato a valutare il corretto esercizio delle prerogative datoriali, non può intromettersi nel merito: non può quindi provare a sostituirsi al datore nella valutazione relativa al migliore esercizio della libertà di organizzare l'attività produttiva. Da segnalare, in merito a queste constatazioni, è che la Legge di Riforma del Mercato del lavoro ha deciso di introdurre una modifica diretta all'art.30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183 la quale aveva voluto inserire un lampante richiamo all'autonomia organizzativa del datore che trova anche fondamento nell'art. 41 Cost.. L'unico fine è evidenziare l'autonomia della decisione datoriale che non può essere vagliata nel merito in sede giudiziale<sup>127</sup>. L'attuale disposizione stabilisce che <<l'inosservanza delle disposizioni in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo d'impugnazione per violazione di norme di diritto>><sup>128</sup>. Pertanto non soltanto la legge n. 92 conferma di non avere inteso modificare la disciplina sostanziale del licenziamento per motivi oggettivi nella direzione di un ampliamento dei poteri del giudice, ma prevede la possibilità per la parte di ricorrere in Cassazione laddove il giudice abbia erroneamente ricostruito il giustificato motivo oggettivo in modo tale da estendere il proprio controllo sul merito delle scelte aziendali, in qualche modo garantendo il ricorrente

---

<sup>126</sup> Cass. 2 febbraio 2012, n. 1461, in Guida al lav., n. 13/2012.

<sup>127</sup> G. Nicolini, Manuale di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2000, p. 575.

<sup>128</sup> A. Vallebona, La Riforma del lavoro, 2012, Torino 2012.

rispetto alle decisioni che sino ad oggi hanno dichiarato insindacabile in sede di legittimità l'accertamento effettuato dal giudice sul giustificato motivo oggettivo, ove coerentemente ed adeguatamente motivato. Mengoni opera una distinzione tra “norma generale” e “clausola generale”. La norma generale<sup>129</sup> “è una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti, mediante una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera. Questa tecnica legislativa lascia al giudice un margine maggiore di discrezionalità, e così ammette uno spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme”. Le clausole generali “sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni. Nell'ambito normativo in cui si inserisce la clausola generale introduce un criterio ulteriore di rilevanza giuridica, a stregua del quale il giudice seleziona certi fatti o comportamenti per confrontarli con un determinato parametro e trarre dall'esito del confronto certe conseguenze giuridiche, sovente ai fini dello scioglimento di antinomie sorte in quell'ambito”. Questa distinzione lascia sicuramente una perplessità. L'attributo di norma incompleta potrebbe darsi ad ogni norma di organizzazione<sup>130</sup>. Tuttavia un'autorevole orientamento<sup>131</sup> ha teorizzato una concezione ampia della clausola generale come norma a fattispecie aperta; concezione che ha finito per prevalere nell'elaborazione giurisprudenziale. Il contributo di Mengoni resta

---

<sup>129</sup> Mengoni, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986.

<sup>130</sup> Veluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto, Milano, 2010. Libertini, Nuove riflessioni in tema di clausole generali. Una proposta di distinzione, in Riv. crit. dir. priv., 2011.

<sup>131</sup> Rodotà, Le clausole generali, in I contratti in generale, diretto da Alpa-Bessone, Torino, 1991.

comunque prezioso sotto diversi profili. Basta pensare all'affermazione della trasformazione delle clausole generali, da norme di rinvio (ad altre norme), a norme direttiva "che delegano al giudice la formazione della norma di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale". Con questa constatazione si passa dal tema dell'inquadramento nelle fonti del diritto a quello strettamente connesso del controllo giudiziale e dei poteri creativi del giudice. Una teoria molto diffusa sostiene che le norme contenenti nozioni indeterminate equivalgano a deleghe in bianco, date dal legislatore al giudice il quale dovrebbe completare la norma rifacendosi a norme tecniche o a norme tratte dalla morale sociale. Il pensiero della delega in bianco non regge in un ordinamento complesso quale quello contemporaneo avente una grande quantità di disposizioni di principio, sancite in fonti interne (prima di tutto la Costituzione) esterne (l'ordinamento dell'Unione Europea e le convenzioni internazionali). Sostanzialmente la corrente di pensiero denominata giuspositivismo moderato reputa che l'interpretazione delle clausole generali debba avvenire con criteri di interpretazione sistematica, ossia utilizzando i principi e i valori riconosciuti dall'ordinamento positivo. Il contributo della Corte di Cassazione, in questo contesto, è stato estremamente significativo. La Suprema Corte, fin dal 1998<sup>132</sup>, ha elaborato, una serie di principi che devono servire da guida per l'operatore di diritto. In particolare, la Corte ha chiarito che:

- Nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica "il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa in quanto da concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale, non diversamente da quanto dal lavoratore un

---

<sup>132</sup> Cass. 22.10.1998, n. 10514 e Cass. 18.1.1999, n. 434, in Foro it., 1999, parte I, col. 1912.

determinato comportamento viene giudicato conforme o meno a buona fede allorché la legge richieda tale elemento”;

- Tale “giudizio valutativo, e quindi di integrazione giuridica, del giudice del merito deve conformarsi oltre che ai principi dell’ordinamento, individuati dal giudice di legittimità<sup>133</sup>, anche ad una serie di standards valutativi<sup>134</sup> esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro”;
- “la valutazione di conformità, agli standards di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore, dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell’ambito della funzione nomofilattica che l’ordinamento ad esso affida<sup>135</sup>”.

Si può cogliere la valorizzazione dei c.d. standards valutativi esistenti nella realtà sociale che insieme ai principi generali offrono supporto all’attività di integrazione giuridica della norma messa in atto dal giudice di merito. Nell’art. 30 del Collegato lavoro è ribadita la conformità ai principi generali dell’ordinamento. Questa precisazione opera in una duplice direzione la prima è una funzione integrativa e legittimante l’interpretazione del giudice. La seconda è indubbiamente una funzione di limite. Nei sistemi a costituzione rigida, come il nostro, c’è un limite alla possibilità di far rientrare nell’ordinamento giuridico ciò che è ritenuto socialmente tipico: il

---

<sup>133</sup> Nella frase si coglie un richiamo, implicito, agli studi di GORLA sul valore e sulla portata del precedente giurisprudenziale.

<sup>134</sup> Sul tema si veda FALZEA, Gli standards valutativi e la loro applicazione, in Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Milano, 1999, 369.

<sup>135</sup> Roselli, Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali, Napoli, 1983. Sul volume si vedano gli apprezzamenti di Gorla e le riserve di Taruffo, in Riv. dir. civ., 1984, II, 322 e 328.

dato non deve contrastare i principi<sup>136</sup>. Bisogna istituire tra i due principi in conflitto una gerarchia assiologica mobile<sup>137</sup>.

Il bilanciamento, con riferimento alle fattispecie concrete, non può che essere rimesso al giudice o al dialogo tra le Corti che possono “al tempo stesso condividere ed applicare alcuni principi universali e comuni e trovare le soluzioni più adeguate ed idonee per i singoli casi”<sup>138</sup>. Anche per quanto concerne questo argomento apprendiamo che si fronteggiano due prospettive divergenti che hanno radici lontane ma sempre attuali. La prima di queste è incline ad ammettere un controllo di merito ispirato ai principi costituzionali di tutela del lavoro e di utilità sociale, rispetto alla quale l’iniziativa economica non può porsi in contrasto. Sempre con il fine di evitare uno sconfinamento nel campo delle scelte gestionali dell’imprenditore, si propone un controllo giuridico dell’atto di recesso governato dal principio di proporzionalità<sup>139</sup>.

Il requisito riguardante l’esistenza del nesso di causalità tra il recesso e la scelta organizzativa viene ricondotto allo standard di idoneità/adequatezza; mentre l’effettiva esigenza di riduzione dei costi si riconduce al controllo di

---

<sup>136</sup> Rodotà, La tecnica legislativa per clausole generali in Italia, in A.A.V.V., Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta, a cura di Cabella Pisu-Nanni, Padova, 1998.

<sup>137</sup> Una gerarchia assiologica “consiste nell’accordare ad uno dei due principi confliggenti un maggior peso, ossia un maggior valore, rispetto all’altro; in questo contesto bilanciare non significa contemperare, conciliare. Il bilanciamento consiste piuttosto nel sacrificare o scartare un principio, applicando l’altro”. Una gerarchia mobile, “è una relazione di valore instabile, mutevole, che vale per il caso concreto, ma che potrebbe invertirsi in relazione ad un caso concreto diverso. Per conseguenza, il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz’altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull’altro; ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri”.

<sup>138</sup> Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2008, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Franzoni, L’interprete del diritto nell’economia globalizzata, in *Contratto e impresa*, 2010.

<sup>139</sup> Perulli, Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, a cura di Mazzotta, Torino, 2008, 55 ss.

necessità e la ponderazione degli interessi in gioco al giudizio di proporzionalità. Due obiezioni vengono sollevate a questa tesi.

La prima è metodologica. La ragionevolezza è un concetto adoperato dalla giurisprudenza costituzionale e poi entrato nell'orbita della Corte di giustizia. "La trasposizione dello stesso criterio come strumento di controllo di un potere privato va gestito con maggiore prudenza se non addirittura con qualche diffidenza, dal momento che si tratta di operazioni completamente differenti"<sup>140</sup>.

La successiva obiezione attiene alle fonti. Mancando chiare indicazioni legislative (si pensi all'art. 1469 - bis del codice civile) "non sono mai state seriamente aperte le porte ad un controllo di vera razionalità"<sup>141</sup>.

Al polo opposto si muovono quelle opinioni che ruotano sull'idea dell'insindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore. Adoperando una tecnica euristica nota come analisi economica del diritto si sostiene, e sarà oggetto della nostra attenzione anche in seguito, che il diritto alla conservazione del posto dovrebbe cedere quando la perdita attesa dal datore di lavoro superi una determinata soglia<sup>142</sup>. A prescindere da ciò che affermeremo più oltre, è difficile dissentire su un punto: il motivo oggettivo che motiva il licenziamento può logicamente essere soltanto l'attesa della perdita.

In senso opposto si può però constatare che lo spostamento d'ottica dalle ragioni giustificatrici al calcolo dei costi del licenziamento non sta nella legge<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> De Luca Tamajo, Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza, in *Diritti lavori mercati*, 2011, 3, 400.

<sup>141</sup> Nogler, La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra principi costituzionali, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 116, 2007, 640.

<sup>142</sup> Sul concetto di costo-opportunità si veda Novella, I concetti di costo contabile, di costo opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 990-999.

<sup>143</sup> Zoli, I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, 31 ss.

Riferendoci ora alla soppressione del posto, notiamo che nel tempo la giurisprudenza si è imbattuta in fattispecie diverse: la soppressione totale della posizione lavorativa, la soppressione parziale del posto con accorpamento delle mansioni residue ad altra posizione, e infine la soppressione totale della posizione lavorativa con redistribuzione di ciascuna delle funzioni in altre posizioni lavorative. Da alcuni l'ultima fattispecie è considerata illegittima sul presupposto che, per parlare di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è indispensabile che una parte dei compiti, quella prevalente, precedentemente svolti dal dipendente licenziato sia concretamente soppressa. Ad ogni modo, nel rispetto del principio, più volte menzionato, di insindacabilità delle scelte del datore, ai sensi dell'art. 41 Cost., sono estremamente rilevanti i requisiti della "effettività della causale" e la dimostrazione, a carico del datore, del nesso di causalità tra i motivi del licenziamento ed il recesso. La necessità del nesso di causalità fra la motivazione adottata dal datore ed il licenziamento proviene direttamente dalla legge e più esattamente dal verbo <<determinato>> contenuto nell'art. 3 L. 604/1966.

Ancora una volta dalla legge e più esattamente dall'articolo 5 della legge 604/1966 è previsto che l'onere della prova del giustificato motivo del licenziamento spetta al datore di lavoro, in applicazione dell'art. 1218 c.c., costituente regola generale in tema di onere della prova<sup>144</sup>. Palesiamo definitivamente che il datore è tenuto a dimostrare che le ragioni addotte a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono effettive e reali, non contingenti e che esse incidono sulla posizione occupata dal dipendente licenziato.

Sappiamo anche che la disciplina inderogabile dei licenziamenti individuali reputa giustificato il licenziamento soltanto laddove costituisca l'*extrema ratio*.

---

<sup>144</sup> Cass. 17 maggio 2002, n. 7227.

A questo punto è indispensabile descrivere quanto ritenuto da due orientamenti per comprendere i confini delle operazioni di riorganizzazione legittimanti il recesso.

In base alla prima corrente di pensiero, attenta al principio del rispetto della libertà di organizzazione del datore di lavoro, <<in caso di riorganizzazione o ristrutturazione aziendale, ferma la necessità della prova dell'effettività del relativo processo, è legittima ogni ragione, in senso economico, che lo abbia determinato, non escluse le esigenze di mercato o il perseguimento di un incremento dei profitti attraverso modifiche organizzative, mentre al Giudice è demandato di controllare che all'origine della decisione imprenditoriale vi sia una ragione economica seria e non pretestuosa, senza che possa distinguersi tra quelle determinate da fattori esterni all'impresa, o di mercato, e quelle inerenti alla gestione dell'impresa, o volte ad una organizzazione più conveniente per un incremento del profitto>>.

Inoltre non esula dal concetto di giustificato motivo oggettivo l'esigenza di una miglior redditività dell'impresa conquistata mediante una mera redistribuzione fra altri dipendenti delle mansioni del lavoratore licenziato<sup>145</sup>. E compete al giudice del merito verificare il rapporto di congruità causale fra la scelta imprenditoriale e il licenziamento; infatti non è sufficiente che i compiti una volta espletati dal lavoratore risultino essere stati distribuiti ad altri, al contrario è importante che questo riassetto sia alla base del licenziamento anziché costituirne effetto di risulta<sup>146</sup>.

Dal punto di vista della seconda corrente di pensiero la motivazione della riorganizzazione fa sì che sia legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo soltanto se originata da situazioni economiche sfavorevoli. Lo snodo argomentativo rilevante è quello che vigendo nell'ordinamento "il principio della stabilità del rapporto di lavoro privato a tempo indeterminato, il datore non può procedere come e quando vuole ai

---

<sup>145</sup> M. Marinelli, I licenziamenti per motivi economici, Giappichelli, Torino, 2005, p. 99.

<sup>146</sup> Cass. 21 novembre 2011, n. 24502.

riassetto organizzativi dell'azienda"<sup>147</sup>. In forza dell'orientamento ora enunciato, la giurisprudenza ha delineato il principio della "effettività della causale".

L'imprenditore è sempre libero di assumere tutte le determinazioni più opportune per la gestione dell'impresa, a patto che queste scelte siano verificabili nella loro effettività dal Giudice ai fini della concreta sussistenza del nesso causale intercorrente tra l'esigenza organizzativa e il provvedimento di licenziamento.

Il comma 1 dell'art. 30 del c.d. Collegato lavoro ha sancito espressamente che, quando si applicano le clausole generali presenti nelle diverse norme di legge, quindi anche quelle in materia di recesso, il controllo giudiziale si focalizza esclusivamente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, sull'accertamento del presupposto di legittimità. In tema di giustificato motivo di licenziamento non è sindacabile, nei suoi profili di congruità ed opportunità, la scelta imprenditoriale che abbia provocato la soppressione del posto cui era addetto il lavoratore licenziato, sempreché risulti l'oggettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo verificatosi e della scelta del dipendente de qua<sup>148</sup>. Perciò è legittimo il licenziamento dell'addetto al settore commerciale in crisi, nonostante il datore in difficoltà eroghi stipendi "aumentati" in un altro comparto più strategico per evitare defezioni. A completare la fattispecie di giustificato motivo oggettivo basterebbe il rapporto di causalità fra il recesso e la necessità di tagliare i costi. Ne risulta inattaccabile un'azienda che provi di

---

<sup>147</sup> Cass. 21 dicembre 2011, n. 16144.

<sup>148</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 7 aprile 2010, n. 8237. In tema di giustificato motivo di licenziamento relativamente ai necessari profili di congruità ed opportunità che caratterizzano tale disciplina, la decisione imprenditoriale che abbia avuto come conseguenza la soppressione del posto di lavoro cui era adibito il lavoratore sottoposto a licenziamento non è sindacabile a condizione che risulti oggettivo e non pretestuoso il riassetto organizzativo della compagine lavorativa che ha determinato la scelta di licenziare detto dipendente.

non poter ricollocare il lavoratore licenziato nella sua unica struttura che appare veramente produttiva.

Nel caso del giustificato motivo oggettivo la legge riconosce una prevalenza delle esigenze dell'impresa su quelle del lavoratore bramoso di conservare il posto di lavoro. Viene di fatto offerto all'imprenditore uno strumento per porre fine al rapporto di lavoro nelle situazioni in cui la persistenza di esso si riveli un fatto dannoso o antieconomico per la sua attività.

Ora, ed oserei aggiungere finalmente, ci è utile evidenziare la netta distinzione tra il licenziamento individuale plurimo e il licenziamento collettivo, quando sono colpite dal provvedimento più posizioni lavorative. Entrambi gli istituti vengono ricondotti ontologicamente alla categoria del licenziamento per ragioni oggettive; infatti la differenza è di tipo quantitativo/dimensionale dato che per l'implementazione della procedura di licenziamento collettivo è obbligatorio che l'azienda integri determinati requisiti dimensionali minimi e desideri effettuare almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni<sup>149</sup>. Da ormai lungo tempo la giurisprudenza ha ricondotto la nozione del c.d. licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo nella necessità di ristrutturare reparti o servizi dell'azienda, comportante l'eliminazione di alcuni posti di lavoro. Partendo da questo presupposto, la *ratio* giustificante la scelta si ottiene sulla base delle attività svolte dai lavoratori coinvolti in quanto collegate all'esigenza di ristrutturazione. Non accade però quello che potrebbe succedere nel licenziamento collettivo; ovvero non c'è la possibilità per il dipendente

---

<sup>149</sup> Cass. 2 aprile 2002, n. 4307: <<Dopo l'entrata in vigore della legge n.223 del 1991 il discrimine tra i licenziamenti collettivi e i licenziamenti individuali plurimi è di natura essenzialmente quantitativa essendo legati i primi, oltre che ad esigenze oggettive dell'impresa, alle dimensioni dell'azienda, al numero dei licenziamenti ed all'arco di tempo in cui i medesimi sono effettuati, così come indicati dall'art.24 predetta legge>>.

interessato di chiamare in causa situazioni personali per permettere che la scelta del licenziamento cada su un altro soggetto.

L'onere, ossia il peso stando al significato etimologico del termine, di dimostrare l'effettiva riferibilità del licenziamento individuale alle iniziative connesse a reali motivazioni di carattere produttivo e organizzativo grava sul datore di lavoro.

Continuando a ripercorrere le diversità fra i due licenziamenti, la più recente giurisprudenza ha proclamato che «Dopo l'entrata in vigore della legge n.223 del 1991, il licenziamento collettivo costituisce un istituto autonomo che si distingue dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo caratterizzato in base alle dimensioni occupazionali dell'impresa, al numero dei licenziamenti, all'arco temporale entro cui gli stessi sono effettuati, ed essendo inderogabilmente collegato al controllo preventivo, sindacale e pubblico, dell'operazione imprenditoriale di ridimensionamento dell'azienda<sup>150</sup>. Ne deriva che, qualora il datore di lavoro che occupi più di 15 dipendenti intenda effettuare, in conseguenza di una riduzione o trasformazione dell'attività di lavoro, almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni, è tenuto all'osservanza delle procedure previste dalla legge stessa, mentre resta irrilevante che il numero dei licenziamenti attuati a conclusione delle procedure medesime sia eventualmente inferiore, così com'è inammissibile la «conversione» del licenziamento collettivo in licenziamento individuale»<sup>151</sup>.

Nell'area del licenziamento collettivo, con l'assolvimento degli obblighi di comunicazione preventiva e di confronto sindacale, il potere di licenziare del datore, soprattutto per i risvolti di ordine sociale, è ostacolato da limiti

---

<sup>150</sup> E. Gragnoli, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, Cedam, 2006; O. Razzolini, *Cause non imputabili e ragioni organizzative nel licenziamento individuale*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 2011, p. 99 ss.

<sup>151</sup> Cass. 22 novembre 2011, n. 24566, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 4/2012, pag.319.

procedurali. Qui il legislatore si preoccupa di salvaguardare l'ordine e questo atteggiamento non è eccessivamente paternalistico ma adeguato alla delicata fase della vita che vive il lavoratore al momento del licenziamento ed al turbamento che questo atto unilaterale produce sull'opinione pubblica, sempre attenta. Quest'attenzione a cosa è dovuta in un momento storico come quello in cui stiamo vivendo? Alla preoccupazione, quanto mai opportuna, per le crisi derivanti alla famiglia dei lavoratori licenziati ed alla loro futura riallocazione.

Non di secondaria importanza è il fenomeno della delocalizzazione delle imprese, protagonista della globalizzazione e non di meno del nostro discorso.

Nel caso dei licenziamenti individuali plurimi, viceversa, l'Ordinamento prevede una tutela ex post mediante il solo eventuale giudizio che viene instaurato a protezione dell'interesse del singolo lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Ma questo potere di licenziare individualmente è privo di limiti? Ovviamente no! Di sicuro il limite sostanziale è ravvisabile nell'effettività delle ragioni organizzative e tecnico produttive e nella prova del nesso causale tra la decisione del datore ed il provvedimento preso. Per quanto riguarda la valutazione di quest'ultimo nesso, la questione più dibattuta è rappresentata dalla scelta dei dipendenti da licenziare.

Oggetto principale ed indiscusso del discorso è il licenziamento individuale plurimo. All'interno di questo, qualora l'esubero si riferisca ad una collettività di lavoratori impiegati nelle medesime mansioni o in mansioni fungibili, una corrente di pensiero sostiene, per l'individuazione dei lavoratori da licenziare, che si debbano analogicamente applicare i criteri di scelta elencati nell'art. 5 della già menzionata legge del 1991. Si specifica che per rendere possibile ed operativa questa analogia occorre la sussistenza di una specifica impugnazione del mancato rispetto dei criteri di scelta da parte del lavoratore.

Non tralasciamo mai il fatto che l'onere di provare in primis l'effettiva esistenza del motivo inserito nel licenziamento spetta al datore.

Senza fuoriuscire eccessivamente dalla nostra indagine, sappiamo che i criteri di scelta dei lavoratori sono in concorso tra loro e tassativi. Nell'art. 5 della legge 223 li troviamo enunciati. Ci riferiamo ai carichi di famiglia, all'anzianità ed alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative. Altri concentrano l'attenzione sull'applicazione dei criteri di correttezza e buona fede, ovvero pensano che l'individuazione dei lavoratori da licenziare sia fatta senza alcuno scopo discriminatorio o provenga da ragioni soggettive. In ogni caso è permesso rivolgersi alla valutazione dei criteri esplicitati nell'art. 5<sup>152</sup>.

Va detto che è economicamente corretto mantenere in azienda chi rende di più. Ma il merito, anche se effettivamente misurabile, si china solitamente di fronte alla presunzione d'uguaglianza delle prestazioni lavorative rese ovvero al principio di limitazione della concorrenza tra lavoratori.

---

<sup>152</sup> Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in Notiziario giur. lav., 2002, 352 la quale afferma che «<la scelta dei dipendenti da licenziare non sia per il datore di lavoro totalmente libera; essa risulta limitata, oltre, che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza cui deve essere informato, ex art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio, anche il recesso di esse. In questa situazione si pone il problema di individuare in concreto i criteri obiettivi che consentono di ritenere tale scelta conforme ai dettami di correttezza e buona fede imposti dall'art.1175 c.c. a tal fine, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ben può farsi riferimento ai criteri che l'art.5 della legge 223/1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi, per l'ipotesi in cui l'accordo sindacale non abbia indicato criteri di scelta diversi: e potrà farsi riferimento, in via analogica, ai criteri di famiglia e d'anzianità...>>».

## 2.2 Obbligo di repechage: Prova d'inevitabilità del licenziamento

Il criterio c.d. del repechage riveste notevole importanza per valutare il principio di effettività e per verificare la sussistenza del nesso causale fra il provvedimento di licenziamento e le sue ragioni giustificatrici. Cosa prevede questo criterio in concreto? L'obbligo, per il datore di lavoro, di tentare di ricollocare nell'ambito aziendale il lavoratore prima di mettere in atto il provvedimento espulsivo. In proposito la Cassazione afferma che l'imprenditore ha l'obbligo primario di ricercare ogni possibilità di riutilizzazione dei dipendenti i cui posti di lavoro siano venuti meno<sup>153</sup>. Nonostante sia stato più volte ripetuto, per via dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 5 della legge n. 604/1994, il datore in questione deve dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo.

Questa dimostrazione consta di due parti, una positiva ed una negativa. La prova positiva riguarda il nesso causale tra le ragioni di carattere produttivo - organizzativo ed il licenziamento. Quella negativa consiste nel c.d. repechage.

La giurisprudenza è nel senso di pensare che la prova dell'impossibilità del repechage del lavoratore, concernendo appunto un fatto negativo, possa essere assolta allegando i corrispondenti fatti positivi contrari<sup>154</sup>. Ad ogni modo questo onere deve rispettare i limiti della ragionevolezza, sicché può dirsi assolto anche mediante risultanze di natura presuntiva ed indiziaria. Il datore convince in modo assolutamente soddisfacente di non poter inquadrare il lavoratore in un'altra posizione organizzativa compatibile con quella ricoperta in precedenza. Il momento per formare questa convinzione è quello del licenziamento.

Un orientamento giurisprudenziale, non senza ragione, avalla l'idea che il provvedimento di licenziamento vada utilizzato quale *extrema ratio* e

---

<sup>153</sup> Cass. 9 giugno 2005, n. 12136.

<sup>154</sup> Cass. 16 maggio 2003, n. 7717.

soltanto laddove il lavoratore coinvolto non possa eseguire altre funzioni<sup>155</sup>. Non sono mancate, a questo proposito, alla giurisprudenza le occasioni per riconoscere la illegittimità di un licenziamento motivato dalla chiusura di una sede periferica o dall'assenza delle attività presso un cantiere. La ragione dell'illegittimità? Il datore non aveva opportunamente provato l'impossibilità di servirsi del dipendente per lo svolgimento di altre mansioni compatibili, anche inferiori<sup>156</sup>. La facoltà di adibire il lavoratore a mansioni inferiori testimonia quanto il licenziamento rappresenti l'ultima soluzione, la più drastica, la quale è necessario schivare con fermezza, pur a scapito di una regressione di posizione.

Palese è la abissale differenza che intercorre tra lo svolgere delle mansioni, di qualunque difficoltà siano, e il non lavorare. Mutare posizione provoca sicuramente un abbassamento dell'autostima nel lavoratore e danneggia l'immagine e la professionalità dello stesso. Non lavorare è la peggiore situazione che si può prospettare non solo dal punto di vista economico ma anche da quello della realizzazione personale. Senza cadere in qualunquismi possiamo constatare quanto l'esercizio di una professione nobiliti la persona. La giurisprudenza ha ammesso il cd. patto di dequalificazione o di qualificazione concordata, strumento per evitare il licenziamento, il quale non è una deroga all'art. 2103 c.c., pena la nullità dello stesso ai sensi del secondo comma, ma un adeguamento del contratto di lavoro alla nuova situazione creatasi, sorretto dal consenso e dall'interesse del lavoratore.

---

<sup>155</sup> Cass. civ. Sez. lavoro 23 marzo 2011, n. 6625. Si dimostra che l'onere del datore di provare l'impossibilità di ricollocare il lavoratore da licenziare in mansioni analoghe a quelle proprie della posizione lavorativa occupata, per quanto debba essere inteso con elasticità, non può essere considerato assolto con la prova di aver proposto al dipendente un'attività di natura non subordinata, ma autonoma, esterna all'azienda e priva di qualsiasi garanzia reale in termini di flusso di lavoro e di reddito, come quella di subagente, specialmente se agli altri dipendenti siano state proposte ben più valide alternative.

<sup>156</sup> Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, in Guida al Lavoro 2008.

È doveroso inserire l'art. 2103 c.c. qui di seguito. <<Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni ulteriori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo>>. Qual è la *ratio* sottesa? È già evidente.

La tutela del diritto alla conservazione del posto, ex artt. 4 e 36 Cost., prevale su quella della salvaguardia della professionalità del dipendente, garantita dall'art.35 Cost. ed appunto dall'art. 2103 c.c. che vieta il demansionamento. La dequalificazione richiede, tra le altre cose, necessariamente il rispetto dell'assetto organizzativo dell'azienda. Tornando al discorso originario, va notato sicuramente che se l'ambito aziendale di riferimento risulti incerto per la mancata rilevanza giuridica dei rapporti del gruppo o perché ci si riferisce ad una struttura societaria internazionale i criteri esposti in precedenza possono subire delle modifiche. Quindi, <<in difetto di prova di un unico rapporto di lavoro con le diverse società e che le relazioni all'interno del gruppo sono tali da dare vita ad un unico centro d'imputazione dei rapporti giuridici, l'obbligo di ricollocazione del lavoratore che incombe sul datore non può estendersi ad altre società sia pure facenti parte dello stesso gruppo, il quale ha soltanto rilievo economico ma non giuridico>><sup>157</sup>. Quando ricorre una situazione che ravvisa un unico centro d'imputazione del rapporto di lavoro? Ogni

---

<sup>157</sup> Tribunale di Milano 20 febbraio 2002.

volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e questo venga accertato con l'esame delle attività di ciascuna delle imprese gestite formalmente da quei soggetti. L'analisi deve evidenziare l'esistenza dei seguenti requisiti: l'unità della struttura organizzativa e produttiva, l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo ed il correlativo interesse comune, il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune, l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori<sup>158</sup>. Inoltre si è affermato che «al fine del c.d. onere di repechage nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'onere spettante al datore deve essere mantenuto entro criteri di ragionevolezza, sicché nel caso di una struttura societaria internazionale, questa non può essere tenuta a fornire prova d'incollocabilità anche al di fuori dei confini italiani. Pertanto le condizioni di ricollocazione devono fare riferimento solo alle strutture italiane anche perché la nostra legislazione non può che avere riguardo ai fenomeni giuridici realizzatisi nel territorio nazionale, questi solo avendo rilevanza nel diritto italiano che non si interessa delle situazioni giuridiche straniere»<sup>159</sup>. In seguito la giurisprudenza ha reso chiaro che «in materia di obbligo di repechage è illegittimo il licenziamento del lavoratore, qualora il datore di lavoro non riesca a dimostrare di non poter ricollocare il lavoratore in altri rami dell'azienda valutando le sedi all'estero dell'azienda»<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Cass. 25763/2009, Cass. 8809/2009.

<sup>159</sup> Tribunale di Milano 17 novembre 2004, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 929.

<sup>160</sup> Cass. 15 luglio 2010, n. 16579.

Il più volte citato onere del datore non va inteso rigidamente.

Al lavoratore che impugna il licenziamento è richiesta una collaborazione per accertare il *repechage*; deve pertanto rendere nota l'esistenza di altri posti di lavoro ove egli poteva essere ricollocato utilmente. Perciò il dipendente, al momento dell'opposizione al licenziamento causato da una legittima riduzione di personale, deve provare la possibilità di essere usato in un altro posto, vacante, dall'azienda. Nel rispetto dei principi processuali, solitamente risulta semplice al lavoratore assolvere a quest'onere.

Al contrario si connota quasi come diabolica la prova opposta spettante al datore. A quest'ultimo tocca esaminare tutti i posti di lavoro simili all'interno dell'azienda. Ricordiamo che i fatti positivi vanno provati da chi li afferma. D'altra parte se emergesse la debolezza del nesso di causalità tra il provvedimento espulsivo e la ragione organizzativa dalla prova portata dal datore pure l'onere di allegazione connesso al rispetto dell'obbligo di *repechage* potrebbe essere incluso nella motivazione principale di ingiustificatezza del licenziamento.

Sempre il datore deve provare di avere valutato le capacità professionali del lavoratore in riferimento alle caratteristiche dell'intera azienda, e non limitatamente al reparto soppresso.

Per usufruire di una specifica professionalità in un altro reparto non è superfluo esaminare il grado di istruzione del singolo lavoratore. Quindi un elevato grado d'istruzione del lavoratore lo rende logicamente utilizzabile in altri settori diversi da quello a cui era stato addetto in precedenza. Quando l'azienda fa parte di un gruppo, è il lavoratore licenziato che indica specificatamente in quale delle società del gruppo avrebbe potuto essere impiegato efficacemente e con quali mansioni. Il tutto al fine di servirsi del *repechage* in relazione all'intero gruppo<sup>161</sup>. Quindi prima di mettere in atto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'azienda deve dimostrare innanzitutto che non ci sono altre opportunità di evitare la

---

<sup>161</sup> Cass. 8 marzo 2012, n. 3629, in Guida al lav., n. 14/2012.

risoluzione del rapporto se non quella, vietata dalla legge di adibire il dipendente ad una mansione dequalificante rispetto a quella dallo stesso svolta prima della ristrutturazione aziendale (art. 2103 c.c.). In secondo luogo che i residui posti di lavoro relativi alle mansioni equivalenti erano stabilmente occupati al momento del recesso dal rapporto. Ed infine che a seguito del licenziamento e per un congruo periodo non si è proceduto ad assunzioni nella medesima qualifica.

Parlando del licenziamento per motivi economici, la riforma dispone in base al modificato testo dell'art. 18 legge 300/1970 (commi 4 e 7) che la reintegrazione potrà essere richiesta dal Giudice solamente nel caso in cui sia accertata la manifesta insussistenza del fatto fondante il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Riflettendo per un istante sulla parola “potrà” capiamo che non si tratta di un obbligo ma di una mera possibilità.

Proseguiamo dicendo che in questa situazione potrebbe essere annullato il licenziamento ed ordinata la reintegrazione del lavoratore ed il pagamento di un'indennità risarcitoria ma in una misura massima in un importo non superiore alle 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Identica sanzione si applica pure nel caso in cui viene rilevata l'infondatezza delle motivazioni poste alla base del licenziamento in situazioni di assente idoneità fisica o psichica del lavoratore (artt. 4, comma 4 e 10, comma 3, legge n. 68/1999) e dove il licenziamento è stato intimato durante il periodo di tutela previsto dall'art. 2110 c.c..

Ancora nell'ambito delle novità notiamo un'altra precisazione ed è la seguente: nei casi in cui il licenziamento non sia manifestamente infondato, pur ritenendo il medesimo illegittimo o ingiustificato, e nonostante permanga la risoluzione del rapporto di lavoro, rimarrà esclusivamente la sanzione della condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, oscillante fra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, considerando le

dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del lavoratore, le iniziative da lui assunte per la ricerca di un'altra occupazione ed il comportamento tenuto dalle parti nell'ambito della neointrodotta procedura di conciliazione preventiva. Per quanto concerne quest'ultima basta ricorrere all'art. 7 legge n. 604/1966.

Finora abbiamo avuto modo di illustrare le fattispecie riconducibili nella nozione di giustificato motivo oggettivo che riguardano in senso, per così dire, proprio le ragioni collegate alla produzione ed all'organizzazione del lavoro.

Bisogna assolutamente analizzare altre ragioni oggettive di recesso che concernono il consono funzionamento dell'attività. Vogliamo alludere ai fatti connessi alla persona del lavoratore. Questi non costituiscono un inadempimento ma allo stesso tempo non presuppongono alcuna riorganizzazione dell'attività dell'impresa. Perciò non essendoci mutamenti organizzativi, il recesso è dovuto ad un presupposto oggettivo connesso con la prestazione che il dipendente non può più rendere. Trattiamo di situazioni che non permettono la corretta esecuzione della prestazione lavorativa. Producono di conseguenza dei riflessi sull'organizzazione del lavoro e fanno inesorabilmente perdere l'interesse del datore di lavoro ad ottenere la prestazione ed a portare avanti il rapporto con il dipendente interessato. L'assenza del lavoratore per malattia, per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni e l'impossibilità dell'esecuzione della prestazione per provvedimento dell'autorità amministrativa sono tutte ipotesi riconducibili al lavoratore rilevanti in quanto incidenti sul regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro.

L'inadempimento dunque del lavoratore derivato da eventi attinenti alla persona si configura come un caso d'impossibilità sopravvenuta della prestazione che, nel rispetto dei principi del diritto comune (art. 1464 c.c.), può portare al recesso della parte che, testualmente, non abbia più interesse alla prosecuzione del rapporto.

L'art. 1464 c.c. stabilisce che <<Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale>>. La presenza di questo interesse alla prosecuzione del rapporto lavorativo deve essere accertata, con valutazione ex ante, con riguardo alla prevedibilità del protrarsi della causa dell'impossibilità di svolgere le mansioni e del tempo occorrente per il suo venir meno ed ai pregiudizi derivanti all'organizzazione aziendale.

La totale sopravvenuta impossibilità della prestazione è riferibile invece all'art. 1463 c.c., il quale stabilisce che <<nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito>>.

Sia l'art. 1463 che l'art. 1464, che inseriscono l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nelle cause di estinzione dei contratti a prestazioni corrispettive, sono coordinati con l'art. 3 della più volte menzionata legge 604/1966. Dobbiamo tenere a mente infatti che il contratto di lavoro subordinato è un contratto a prestazioni corrispettive (abbiamo una prestazione di lavoro contro la corresponsione della retribuzione) ma l'ordinamento introduce una serie di norme ispirate al *favor praestatoris*, sempre per la posizione economica in cui si trova una parte rispetto all'altra.

La giurisprudenza ritiene che l'impossibilità sopravvenuta di svolgimento della prestazione lavorativa per *factum principis*, ossia fatto oggettivo, o per altra motivazione non ascrivibile al lavoratore, non deve essere considerata una fattispecie autonoma alla stregua del diritto comune e di conseguenza un causa di automatica risoluzione del rapporto oppure un'ipotesi di recesso volontario secondo le regole di cui agli articoli poco prima nominati, ma va

valutata conformemente alla normativa generale sui licenziamenti di cui alla legge 604/1966.

La stessa Corte di Cassazione ha creato un parallelismo tra <<recesso del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta della prestazione>> e <<licenziamento per giustificato motivo oggettivo>><sup>162</sup>.

Dobbiamo considerare intanto il caso dell'assenza per malattia. Questa assenza incide di certo, come le ipotesi regolate dall'art. 3 della legge n. 604, sul regolare funzionamento dell'attività produttiva ed è oggetto dell'art. 2110 del c.c., norma che prevede non soltanto la sospensione del rapporto di lavoro in occasione della malattia del lavoratore, ma anche che sia legittimo l'esercizio del potere di licenziamento da parte del datore solo dopo il superamento del periodo di assenza garantito e protetto dalla legge, cioè a seguito del superamento del cosiddetto periodo di comporto<sup>163</sup>.

Ma qualcosa bisogna aggiungere. Nel regime di libero recesso, "il disposto di cui all'art. 2110, primo comma, rispondeva ad una *ratio* di tutela del lavoratore in particolari situazioni di debolezza; invece la previsione della possibilità del licenziamento nelle ipotesi di malattia di lunga durata, il secondo comma, costituiva una semplice condizione di operatività di quel regime di tutela"<sup>164</sup>. Dopo l'entrata in vigore della legge n. 604, limitativa del potere di licenziamento e portatrice della nozione di licenziamento per ragioni oggettive, l'articolo 2110 c.c. ha perso il carattere di "unico baluardo" contro il potere di recesso del datore di lavoro, pur conservando la propria specificità nell'individuare la fattispecie in oggetto, che attiene ad

---

<sup>162</sup> Cass. 18 giugno 1999, n. 6154.

<sup>163</sup> M. Ferraresi, Il licenziamento per motivi oggettivi, in M. Magnani, M. Tiraboschi, La nuova riforma del lavoro, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 256 ss; L. Calcaterra, La giustificazione del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità, Napoli, Esi, 2009; O. Razzolini, Cause non imputabili e ragioni organizzative nel licenziamento individuale, in M. Pedrazzoli, Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro, Padova, Cedam, 2011, p. 99 ss.

<sup>164</sup> F. Lunardon, F. Santini, Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento, in F. Carinci, Diritto del lavoro: Commentario, Utet, Torino, 2007, II ed., pp. 231, 265.

una ipotesi di legittima estinzione del rapporto di lavoro. La Cassazione ha sostenuto che la fattispecie regolata dall'articolo del Codice che stiamo analizzando costituisce "un'autonoma ed ulteriore causa di recesso, che non si pone in contrasto con i principi costituzionali della previdenza ed assistenza sociale e del mantenimento del posto di lavoro, giacché tali principi non comportano affatto che il rapporto debba proseguire senza limiti di tempo quando il lavoratore è impossibilitato ad adempiere alla propria obbligazione per un periodo imprecisato, considerati gli oneri che deriverebbero al datore sia sotto il profilo patrimoniale, sia sotto il profilo dell'organizzazione aziendale". Il superamento del periodo di comportamento determina l'estinzione del rapporto<sup>165</sup> e in tale situazione non vi è necessità di prova relativa all'esistenza delle ragioni di tipo oggettivo con conseguente descrizione della situazione aziendale. La peculiarità della fattispecie rende superfluo un sindacato del giudice sul presupposto. Contemporaneamente il datore non deve addurre ragioni diverse ed ulteriori rispetto al perdurare della malattia a seguito dello scadere del periodo di sospensione del rapporto.

Non rientra nell'ambito di operatività dell'art. 2110 c.c. il caso della malattia certa con prognosi a durata incerta, la quale prima della scadenza del periodo di comportamento renda evidente l'assenza di interesse alla prosecuzione del rapporto. Qui il datore di lavoro deve provare le ragioni che inevitabilmente conducono all'estinzione del rapporto di lavoro, non potendosi ammettere alcun automatico effetto estintivo.

Il c.d. periodo di comportamento è predeterminato dalla disciplina collettiva o dagli usi oppure in difetto di tali fonti è determinato dal Giudice in via equitativa.

Affrontiamo ora un'altra ipotesi, quella delineata dagli articoli 41 e 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008 e concernente il generico caso

---

<sup>165</sup> Cass. 22 luglio 2005, n. 15508, in Giust. civ. Mass. 2005, 6, ritiene che l'estinzione operi in modo automatico.

d'inidoneità alle mansioni assegnate<sup>166</sup>. Il caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni va tenuto nettamente separato dal caso della malattia. Essa ha carattere temporaneo e produce l'impossibilità della prestazione. La sopravvenuta inidoneità si contraddistingue per il carattere permanente o durata indeterminata e indeterminabile; inoltre non comporta l'impossibilità totale della prestazione, dando luogo ad un'ipotesi di risoluzione del contratto di lavoro prescindendo dal superamento del periodo di comporto<sup>167</sup>. Per meglio delineare il confine tra le due ipotesi della malattia e della inidoneità sopravvenuta è utile ricordare che, secondo la Cassazione, quando le reiterate assenze del lavoratore sono riconducibili ad un unico disturbo, generato dalle modalità di esecuzione della prestazione, si presenterebbe precipuamente l'ipotesi della inidoneità delle mansioni, quindi il datore non dovrebbe permettere che il lavoratore continui a svolgere la propria attività sostanzialmente pericolosa per la propria salute. Non dimentichiamo infatti l'art. 32 della nostra costituzione. Difettando l'interesse alla prosecuzione del rapporto, come già sappiamo il datore potrebbe recedere. Cosa è sufficiente a fare venire meno l'interesse del datore? L'imprevedibile durata del problema. Non è pertanto indispensabile che l'inidoneità sia definitiva. Da cosa possiamo distinguere ancora il caso della sopravvenuta inidoneità delle mansioni? Dal riconoscimento dello status di invalido al lavoratore. Infatti la giurisprudenza ha chiarito che vi è sostanziale differenza tra l'attribuzione dello status d'invalido da parte degli enti previdenziali, finalizzata a soddisfare l'interesse del lavoratore ad ottenere particolari prestazioni previdenziali, e l'accertamento effettuato dagli organi competenti dell'inidoneità allo svolgimento delle mansioni contrattuali. Il datore non

---

<sup>166</sup> A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori, [www.giuslavoristi.it](http://www.giuslavoristi.it).

<sup>167</sup> Cass. 14 dicembre 1999, n. 14065, in *Lav. giur.* 2000, 847 con nota di A. Girardi in *Riv. giur. lav.* 2000, II, 439 con nota di L. Valente.

potrebbe far valere la mera acquisizione del suddetto stato come presupposto per recedere dal rapporto di lavoro<sup>168</sup>. Nonostante la legge, dal 2008 in poi, abbia previsto un ulteriore limite al potere di licenziamento in relazione appunto al caso generico di inidoneità alle mansioni, può essere tuttora considerata valida la giurisprudenza che ignorava nel caso indicato l'obbligo per il datore di lavoro di conformare l'organizzazione di lavoro alle sopravvenute esigenze del dipendente<sup>169</sup>. La più volte menzionata inidoneità, dal punto di vista dei principi del diritto civile applicabili, è stata assimilata all'impossibilità parziale della prestazione (art. 1464 c.c.).

Non si parla d'impossibilità nel caso in cui si verifichi la mera difficoltà nello svolgimento delle mansioni, difficoltà che può essere facilmente superata ove il datore consenta l'adozione di diverse modalità di esecuzione della prestazione, compatibili con l'assetto aziendale, posto che grava sul datore di lavoro un obbligo di cooperazione all'esecuzione della prestazione. A parere della giurisprudenza di legittimità, il datore di lavoro non ha alcun dovere di assegnare al lavoratore occupazioni compatibili con le proprie mutate condizioni fisiche qualora l'inidoneità sia imputabile al lavoratore a titolo di dolo o colpa<sup>170</sup>. Questa volta però l'entrata in vigore della legge del 2008 ha apportato dei cambiamenti. Essa non differenzia tra ipotesi di dolo e colpa e si limita all'affermazione del diritto del lavoratore ad essere adibito a mansioni diverse. Se ne ricava che il limite pocanzi descritto, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, non è più valido. Dalla prospettiva della giurisprudenza che ha enfatizzato il fatto in se stesso delle assenze frequenti del lavoratore<sup>171</sup>, il venire meno delle condizioni che garantiscono l'idoneità del dipendente allo svolgimento delle mansioni non deve essere in ogni caso appurato dagli organi "competenti" (art. 5 legge n.

---

<sup>168</sup> Cass. 12 dicembre 1997, n. 12578, in Giust. civ. Mass. 1997, 2365.

<sup>169</sup> Cass. 19 aprile 2003, n. 6378, in Giust. civ. Mass. 2003, 452.

<sup>170</sup> Cass., 6 maggio 2005, n. 11753, in Lav. giur. 2006, I, 94.

<sup>171</sup> Cass. 6 giugno 1998, n. 5600, in Giust. civ. Mass. 1998, 1235.

300 del 1970). L'inidoneità potrebbe essere accertata nel corso del giudizio riguardante la legittimità del licenziamento, con i mezzi istruttori previsti dalla legge. L'orientamento giurisprudenziale descritto, pur valido, appare difficilmente coordinabile con l'approccio della legge n. 92 alla materia del licenziamento per ragioni oggettive, il quale esalta la procedura conciliativa anche come strumento deflattivo del contenzioso. Circostanza, questa, che rende opportuno e preferibile, ma non indispensabile, la realizzazione di un accertamento sulle condizioni del lavoratore da parte degli organi competenti prima o durante la procedura conciliativa anteriore al licenziamento, memori del dovere del giudice di valutare l'atteggiamento avuto dalle parti in tale contesto, al fine della determinazione del risarcimento dovuto e della ripartizione delle spese processuali.

Non abbiamo ancora esaurito le ipotesi di licenziamento per ragioni non addebitabili al lavoratore.

Residua il licenziamento per cosiddetto *factum principis*, attuato quando al lavoratore viene revocata ad esempio l'autorizzazione a svolgere una certa attività oggetto del contratto di lavoro. Va precisato però che la legge n. 92 non menziona espressamente tale ipotesi. Dunque non è chiaro se il datore debba imprescindibilmente attivare il procedimento finalizzato ad individuare una soluzione alternativa al recesso. Nei casi in cui un provvedimento amministrativo privi il lavoratore del titolo che lo abilita ad eseguire i compiti affidatigli, il dipendente non può più svolgerli. Potrebbe tuttavia attivarsi in mansioni equivalenti che non necessitino dell'autorizzazione amministrativa revocata o sospesa. Per quanto concerne l'ipotesi di licenziamento a causa della carcerazione preventiva non la si può considerare autonoma al pari del licenziamento per superamento del periodo di comporto, ancorché la legge, e nello specifico il codice di procedura penale, disciplini le conseguenze del successivo proscioglimento del lavoratore, garantendogli, ove il fatto per il quale è stata disposta la carcerazione sia scisso dal rapporto di lavoro, il diritto alla reintegrazione

(art. 102 disp. att., c.p.p.)<sup>172</sup>. Per la giurisprudenza l'ipotesi al centro del nostro esame si contraddistingue per la prevedibilità del periodo di assenza che sarebbe qualificabile in relazione al titolo del reato addebitato al lavoratore<sup>173</sup>, e questa circostanza dovrebbe consentire al datore di attivare una valutazione prognostica, ex ante, a proposito della tollerabilità dell'assenza nel contesto dell'organizzazione aziendale. Della predetta valutazione dovrà rendere conto in sede di giustificazione del licenziamento. Comunque, in base alla disposizione di cui all'art. 24 della legge n. 332/1995, chiunque sia stato sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere ovvero a quella degli arresti domiciliari e sia stato per questo licenziato dal posto di lavoro che occupava prima dell'applicazione della misura ha diritto ad essere reintegrato nello stesso posto di lavoro qualora venga pronunciata in suo favore sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero venga disposto provvedimento di archiviazione. Con la sentenza del primo giugno 2009, n. 12721, la Cassazione ha operato un excursus dei precedenti giurisprudenziali constatando specificamente che la persistenza o non persistenza di un apprezzabile interesse del datore a ricevere le ulteriori prestazioni del lavoratore detenuto deve essere valutata alla stregua di criteri oggettivi, riconducibili a quelli fissati nell'art. 3 della L. 604/1966, costituiti dalle esigenze oggettive dell'impresa. Inoltre, essendo un apprezzamento di fatto, l'accertamento dell'indicato interesse è funzione del giudice di merito e se opportunamente motivato (con assenza di errori logici e giuridici), è insindacabile in sede di illegittimità.

Andando avanti si legge che l'impossibilità della prestazione lavorativa causata dalla carcerazione, nella misura in cui determina l'illegittimità del

---

<sup>172</sup> Il diritto alla reintegrazione è riconosciuto solo nel caso la custodia cautelare dipenda da un fatto totalmente estraneo dal rapporto di lavoro. Ciò che conta è il mero fatto obiettivo della custodia. Cass. 1 aprile 2003, n. 4935, in *Dir. e giust.* 2003, 15, 106.

<sup>173</sup> Cass. 5 maggio 2003, n. 6803, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5.

licenziamento e specularmente l'affermazione del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, è, per la sua consistenza e nel tempo della sua protrazione, negazione del diritto alla retribuzione. Per ricostituire questo diritto si esige non solo la cessazione dello stato di detenzione bensì la formale offerta da parte del lavoratore della prestazione.

Ad ogni modo successivamente esamineremo la riforma Fornero.

Infine allo scopo di integrare l'offerta di prestazione non è sufficiente la pregressa domanda giudiziale diretta alla dichiarazione dell'illegittimità del licenziamento ovvero alla reintegrazione<sup>174</sup>.

Avviandoci alle conclusioni ricordiamo che inizialmente erano sorte diverse questioni con riferimento ai licenziamenti per motivi economici.

Il datore di lavoro imprenditore organizza i fattori produttivi (capitale e lavoro): il *quid pluris* dato dalla differenza tra il costo di tali fattori e quanto realizzato attraverso la vendita del prodotto o del servizio viene a costituire il suo utile d'impresa. Se l'equilibrio tra tali fattori non è corretto o non adeguato al mercato l'imprenditore risulta in perdita e in situazioni estreme può arrivare al fallimento ed all'uscita dal mercato.

La prima domanda che ci si è posti riguarda un argomento che in parte abbiamo già sfiorato in precedenza ossia se, a fronte di un licenziamento per motivi economici, il giudice possa sindacare le scelte organizzative dei fattori produttivi prese dal datore (ad esempio la scelta di investire sul capitale diminuendo il personale; oppure esternalizzare in tutto o in parte l'attività produttiva).

Ci si potrebbe secondariamente chiedere se, essendoci l'obbligo per il datore di motivare la ragione del recesso, il giudice debba munirsi di parametri obiettivi per valutare adeguatamente la situazione prospettata. E ancora, può il datore procedere ad un licenziamento economico non per ridurre i costi ma per incrementare gli utili? Anche a questa domanda abbiamo già cercato di rispondere.

---

<sup>174</sup> Cass. 23 novembre 2006, n. 24866; Cass. 21 novembre 2006, n. 24655.

Per quanto attiene al primo dubbio ed alla luce di quanto già abbiamo esplicitato in precedenza e di quanto è stato evidenziato in dottrina, va operata una distinzione fra “la <<scelta sottostante>>, che riguarda l’organizzazione, l’indirizzo, o le modalità dell’attività produttiva, oppure le dimensioni dell’azienda, e la <<scelta conseguente>> di licenziare un determinato lavoratore: insindacabile la prima, sarebbe sindacabile la seconda sotto il profilo della sua coerenza e consequenzialità rispetto alla prima”<sup>175</sup>. Sono pienamente condivisibili i rilievi secondo cui la suddetta distinzione non si riscontra nella pratica, seppur formalmente chiara. Se il giudice sostiene che la situazione di crisi non giustifichi il licenziamento (ad esempio perché ritenuta transitoria, oppure perché i costi per mantenere il lavoratore sono accettabili) ovvero perché il dipendente non doveva essere licenziato ma ricollocato in un altro posto all’interno dell’azienda, la decisione giudiziaria finisce per sovrapporsi e modificare in modo anche rilevante la volontà e la decisione dell’imprenditore.

Abbiamo a lungo parlato, nel primo paragrafo dedicato al giustificato motivo oggettivo, dell’art. 41 Cost. e proprio in virtù di questo sarebbe a dir poco assurdo affermare il principio per il quale l’organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisca un dato non variabile se non in presenza di un andamento negativo e non, anche ai fini di una più proficua configurazione dell’apparato produttivo. Di questo il datore ha il “naturale” interesse ad ottimizzare la competitività e l’efficienza. Vogliamo privare l’imprenditore del suo ruolo o meglio del suo scopo, ragione stessa del suo esistere? Sofferamoci ancora per un attimo sull’indagine del giudice finalizzata alla verifica della legittimità o meno del licenziamento. Tale indagine segue regole empiriche e tiene conto di quanto dedotto e provato dalle parti.

---

<sup>175</sup> Ichino, La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti, in Riv. It. Dir. Lav., 6, I, 363 e nota 12 dove si ricorda che tale distinzione è stata introdotta in dottrina da Pera e in giurisprudenza fra le molte si ricorda Cass. 14093/2001.

Sarà in ogni caso compito del datore fornire sufficienti elementi riguardo alla riduzione dei costi o alla situazione di crisi che legittima il licenziamento.

Essenziali sono le prove documentali introdotte in giudizio. Per citare qualche documento, che è notoriamente un supporto rappresentativo di un rapporto: bilanci, documentazione inerente perdite economiche (disdette di contratti o crediti insoluti) oppure situazioni che inducono a ridurre drasticamente la forza lavoro (dismissioni di attività o investimenti in capitali sostitutivi della manodopera). Anche l'onere dell'impossibilità del *repechage*, oggetto del nostro esame, può essere adempiuto con l'esibizione dei libri matricola ed organigrammi.

Il giudizio valutativo si svolgerà con un giudizio sintetico degli elementi componenti gli atti, con particolare attenzione per i dati economici.

Si arriva a decidere su chi debba ricadere il costo sociale del licenziamento. Hanno opportunamente messo in luce che i giudici di merito posizionano su un piatto della bilancia il costo sociale del licenziamento e sull'altro la perdita che l'azienda dovrebbe sopportare se il rapporto continuasse ed alla fine giustificano il licenziamento soltanto qualora il secondo peso superi nettamente il primo<sup>176</sup>. Inutile meravigliarsi del fatto che il giudice ponga in essere questo bilanciamento di giustizia (avviene in svariati ambiti ed in particolare nell'ambito del diritto del lavoro basti concentrare l'attenzione sull'interpretazione della giusta causa di licenziamento). Ma come risolviamo l'assenza di parametri oggettivi di riferimento ai fini delle valutazioni? Parliamo di motivazioni economiche. Com'è possibile che non venga utilizzato alcun parametro capace di individuare in astratto la soglia *quantum* della perdita che motivi l'insostenibilità della prosecuzione del rapporto? Non va, d'altro canto, ignorato il fatto che i dati contabili richiedono un'interpretazione non immediata ed estemporanea: un bilancio

---

<sup>176</sup>Ichino, Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento sociale, in Riv. It. Dir. Lav., 2007, II, 999.

in perdita può *ictu oculi* giustificare la riduzione dei costi, ma le cause possono essere solo passeggere o dovute ad altri fattori (ad esempio investimenti di capitali o mere opzioni fiscali);

contrariamente una situazione in attivo ma con drastica e tangibile diminuzione del fatturato dei settori a cui è addetto il dipendente risulta senza dubbio giustificativa della riduzione della forza lavoro. A questo proposito sono state innumerevoli le proposte avanzate dalla dottrina tendenti alla ricerca di un criterio oggettivo generale.

Banalmente si può ritenere che il licenziamento per ragioni economiche incarni quanto di più oggettivo si possa immaginare nell'area del diritto del lavoro, della quale ci occupiamo<sup>177</sup>.

Se il lavoro è uno dei fattori produttivi dell'attività dell'impresa si dovrebbe poter determinare matematicamente quando il medesimo rappresenti una perdita, in azienda, non più sostenibile dall'imprenditore.

Raggiunta questa soglia, il licenziamento risulterebbe legittimo;

negli altri casi il costo dovrebbe essere socialmente sostenuto dal datore di lavoro.

Per un attimo spostiamo la nostra visuale e indossiamo i panni degli imprenditori. Conviene all'impresa avere tutti questi costi? Consideriamoli ed analizziamoli per un istante. Il lavoratore non va ritenuto un semplice costo (più esattamente si parla di costo storico o contabile). Infatti esso produce e nello stesso identico momento quindi è una fonte di utili (qui si dovrebbe parlare infatti di costo opportunità).

Si può calcolare l'interesse economico dell'imprenditore determinando l'utilità che ottiene lasciando al lavoratore il suo posto di lavoro oppure allontanandolo. Alcuni addirittura hanno prospettato l'introduzione di una soglia legale, o *firing cost* o ancora costo di sbarramento, che stabilisca definitivamente soglie di perdita sopportabili oltre le quali il licenziamento

---

<sup>177</sup> Ichino, La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza, in Riv. It. Dir. Lav., 2005, I, 7 segg.

sarebbe legittimo. Non sarà più il giudice ad effettuare empiricamente le sue valutazioni.

Le idee descritte ed avanzate sinora sono destinate a rimanere tali. Perché sono irrealizzabili? Tra le altre ragioni, a causa della chiara difficoltà di configurare parametri economici legali di validità universale, data l'ampia varietà organizzativa e dimensionale delle imprese e di conseguenza la diversissima incidenza di una perdita economica. Le teorie restano utili per apprezzare concretamente il potere di cui gode il giudice.

### **2.3 Comma 7 del nuovo Art. 18: quattro ipotesi.**

La L. 28 giugno 2012, n. 92, cd. riforma Fornero, ha ampiamente stravolto il regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 L. 20 maggio 1970, n. 300 per i lavoratori illegittimamente licenziati da aziende di medio-grandi dimensioni<sup>178</sup>. Riportando alla nostra attenzione per un solo istante il regime previgente dell'art. 18 L. 300/1970, consistente nell'applicazione della cd. tutela reale, reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e risarcimento del danno dal licenziamento e sino alla reintegrazione e comunque di importo non inferiore a cinque mensilità, sappiamo che trovava applicazione nelle aziende con più di quindici dipendenti, indipendentemente dalla motivazione del licenziamento, ogni qualvolta il giudice dichiarava l'inefficacia del licenziamento o lo annullava per assenza di giusta causa o giustificato motivo o ne dichiarava la nullità. La preesistente rubrica dell'art. 18 era, com'è ormai risaputo, emblematicamente, <<reintegrazione nel posto di lavoro>>. Adesso, a seguito della riforma Fornero è <<tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo>>. Il cambiamento degli elementi letterali è, in questo caso, a mio avviso, sintomo di una vera e propria rivoluzione. Riguardo all'esito ed all'apprezzamento, però, della stessa è indispensabile attendere un adeguato lasso di tempo. Continuando con quanto detto pocanzi, la cd. tutela reale, a cui potremmo attribuire gli aggettivi di forte e piena, non trovava invece applicazione per le aziende più piccole, ovvero fino a quindici dipendenti, ove veniva e viene applicata la tutela meno

---

<sup>178</sup> Ichino, Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule, in *Dir. prat. Lav.*, 2012; Marazza, l'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori, in *Arg. dir. lav.*, 2012; Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012; F. Carinci, Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del lavoro, in *Lav. Giur.*, 2012; Vallebona, La riforma del lavoro, Torino, 2012; Tiraboschi-Magnani, La nuova riforma del lavoro, Milano, 2012; Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in *Arg. dir. lav.*, 2012; Baracco, La riforma del lavoro, *Inserito in Dir. prat. lav.*, 2012.

garantista cd. obbligatoria, contenuta, come abbiamo messo in luce in precedenza, nell'art. 8 della L. 15 luglio 1966, n. 604, la quale consiste nella riassunzione o, in alternativa, nel risarcimento del danno, lasciata intatta dalla legge di riforma.

Perfino a seguito della riforma Fornero permane tuttora nel nostro ordinamento una differenza di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato a seconda delle dimensioni del datore di lavoro. Tuttavia le diversità sono ora più sfumate, tenuto comunque presente che anche il lavoratore illegittimamente licenziato di un'azienda con più di quindici dipendenti avrà diritto in molti casi, che avremo modo di osservare nel dettaglio, esclusivamente, ad una indennità risarcitoria e non più anche alla reintegrazione nel posto di lavoro e senza possibilità di riassunzione. Quanto appena enucleato è stato il motivo del clamore e dei *rumores* che hanno circondato e portato alla conclusione il procedimento riformatore. Quest'ultimo è intervenuto sul predetto impianto dell'art.18 ed ha posto fine all'unicità della tutela dei lavoratori delle aziende di maggiori dimensioni. Il ministro del lavoro Fornero ha distinto la tutela dei lavoratori delle grandi aziende, infatti, fra le diverse ipotesi di illegittimità del licenziamento, nonché a seconda della gravità della violazione. Inoltre ha innovato il regime sanzionatorio per i casi di inefficacia. Insomma la tutela reale è stata dalla legge di riforma frantumata, modificata e riarticolata in diversi livelli di tutela, creandosi un complesso sanzionatorio diversificato in ragione delle differenti ipotesi di licenziamento illegittimo<sup>179</sup>. Peraltro, nelle ipotesi di illegittimità del licenziamento per assenza di giusta causa o giustificato motivo, si realizza nella sede giudiziaria, in sostanza, la valutazione del regime sanzionatorio applicabile, soprattutto nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo o economico, che è, in questo momento, il nucleo della nostra indagine.

---

<sup>179</sup> A. Marano, Il licenziamento dopo la riforma Fornero, 2012, Edizioni Giuridiche Simone.

Subito dopo la novella legislativa, perciò, sembra essere svanita quell'automaticità della tutela che ha incarnato la migliore garanzia preventiva avverso vessazioni ed abusi del datore di lavoro. Possiamo fare a questo proposito delle osservazioni preliminari. La prima è quella che la sostituzione del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro con il diritto alla sola indennità risarcitoria in ipotesi non aprioristicamente determinate dal legislatore porterà inevitabilmente ad una grande incertezza in termini di tutela effettiva. Inoltre il presagio è quello di rischiare tutele diverse pur essendo in presenza di medesime situazioni, a seconda, ciascuna, dell'esito del giudizio. È quanto mai evidente che solo in futuro sarà possibile comprendere l'effettiva portata dell'innovazione. Verremo a conoscenza anche di quanto l'aver introdotto un'ampia area di non applicazione della tutela reale e piena sarà fonte di benefici nel mercato del lavoro, se quindi la cd. flessibilità in uscita avrà un riscontro positivo in termini di crescita come desiderato dalla riforma.

Ribadiamo ancora una volta che l'entità di questa nuova area di non applicazione della tutela reale potrà essere meglio delineata e compresa man mano che la novella legislativa troverà effettiva applicazione nelle aule giudiziarie. Avrà prevalenza un atteggiamento più prudente e conservatore o, al contrario, la tendenza ad esaltare gli elementi innovativi della norma? Se come abbiamo visto <<la concreta funzionalità della riforma dell'art.18 è affidata per gran parte alla futura opera interpretativa della giurisprudenza con conseguente imprevedibilità degli esiti giudiziari>>, <<non sembra invece che, almeno in linea generale, si pongano problemi di costituzionalità della nuova disciplina, che in alcuni casi sostituisce il regime risarcitorio a quello reintegratorio. Infatti, è noto che la Corte Costituzionale, secondo un orientamento costante, non considera quest'ultimo come una tutela enucleabile dai principi espressi dagli artt. 3 o

4 o 35 della carta costituzionale>><sup>180</sup>. In particolare, la sentenza della Corte costituzionale 14 aprile 1969, n. 81 espressamente ha statuito che la tutela apprestata dagli articoli 4 (effettività del diritto al lavoro ed alla conservazione del posto di lavoro a favore di tutti i cittadini) e 35 (tutela generale del lavoro) della Costituzione <<come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del posto di lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto: ciò sempre con le doverose garanzie per quanto riguarda il rispetto dei principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa>>.

Nei commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 18 viene disciplinata la tutela apprestata al lavoratore illegittimamente licenziato nei casi di licenziamento soggettivo (o per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo), economico (o per giustificato motivo oggettivo), nonché inefficace per violazione del requisito di motivazione (art. 2, comma 2, L. 604/1966), della procedura prevista per i licenziamenti disciplinari (art. 7 L. 300/1970) e della procedura conciliativa per i licenziamenti economici (art. 7 L. 604/1966). È sulla fattispecie della tutela nel caso di licenziamento economico che il dibattito che ha preceduto la legge 92/2012 ed ha accompagnato l'iter parlamentare si è maggiormente incentrato. Questo dibattito andava probabilmente messo in atto con la stessa passione anche per altre fattispecie. Anche con riferimento al licenziamento soggettivo, si può scorgere un notevole restringimento delle tutele del lavoratore illegittimamente licenziato, ancora più accentuato nei casi di licenziamento inefficace.

Totalmente nuova è tuttavia la disciplina della tutela del dipendente illegittimamente licenziato appunto per motivi economici posta in essere

---

<sup>180</sup> L. Galantino, La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in Pellacani G., Riforma del lavoro, Giuffrè Editore, 2012.

dalla cd. riforma Fornero. Innanzitutto, prima di attuare il licenziamento, il datore di lavoro deve attivare una procedura conciliativa al cospetto della commissione provinciale di conciliazione presso la DTL (art. 410 c.p.c.) e solo in un secondo momento può comunicare il licenziamento al lavoratore. La nuova procedura conciliativa ha fatto la sua comparsa grazie alla riscrittura dell'art. 7 della L. 604/1966 ed è contraddistinta dalla obbligatorietà. Nel testo precedente, l'art. 7 dell'appena citata legge prevedeva il tentativo di conciliazione nel caso specifico di licenziamento. Questa norma non è stata più applicata per incompatibilità o come si è altrove affermato per abrogazione implicita da quando il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dal D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, ha riformato gli artt. 410-413 c.p.c. sancendo l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per tutte le controversie di lavoro. Il testo previgente dell'art. 7 della legge citata prevedeva soltanto che in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il prestatore di lavoro, qualora non possa avvalersi delle procedure previste dai contratti collettivi avrebbe potuto promuovere entro venti giorni dalla comunicazione del recesso o dei motivi un tentativo di conciliazione presso la direzione provinciale del lavoro. La proposizione di questo comportava la sospensione fino alla definizione dello stesso del termine d'impugnazione. Questa procedura non è scomparsa. Può ritenersi confermata per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo intervenuti nelle aziende di dimensioni inferiori (meno di sessantuno dipendenti, ovvero meno di sedici o di sei se aziende agricole, per ciascuna unità produttiva).

La dottrina ha sollevato alcune perplessità ed incertezze sul campo di applicazione della nuova procedura: nonostante sia pacifico che per effetto del rinvio al licenziamento per giustificato motivo oggettivo all'art. 3, seconda parte, L. 604/1966, la procedura debba applicarsi ogni qualvolta il licenziamento derivi sia da una scelta imprenditoriale sia per fatti attinenti

alla sfera del lavoratore, dubbi possono insinuarsi in alcune ipotesi<sup>181</sup>. Si opta per una soluzione negativa sia in caso di licenziamento per sopravvenuta impossibilità (assoluta) della prestazione che in quello di licenziamento per superamento del periodo di comporta.

Ci occuperemo ora dell'iter.

Il datore deve trasmettere alla Direzione territoriale del lavoro (DTL) del luogo dove il lavoratore presta la sua opera una comunicazione, da inviare per conoscenza anche allo stesso lavoratore, nella quale dichiara la sua intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo ed indica i motivi di licenziamento medesimo ed eventualmente le misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.

L'utilizzo del termine "indicare" con riferimento ai motivi del licenziamento potrebbe essere sintomatico della volontà del Legislatore di limitare i contenuti della comunicazione del datore di lavoro al minimo indispensabile per delineare le ragioni in cui viene a maturare il licenziamento *in fieri*<sup>182</sup>. Seguendo questa prospettiva ne deriva che la lettera con cui il licenziamento viene intimato costituisce il vero nucleo forte del recesso, a cui riferirsi per rilevare le ragioni e fondamento dello stesso. D'altra parte l'obbligo imposto dall'art. 2, comma 2, della L. 604 del 1966 di "specificare" i motivi del licenziamento, imporrebbe al datore di lavoro che desidera procedere al recesso all'esito della procedura di cui all'art. 7, L. n. 604 del 1966 di non limitarsi ad un semplice rinvio alla comunicazione con cui è stata avviata la procedura. Si ritiene che dai contenuti della suddetta comunicazione redatta dal datore di lavoro di cui all'articolo 7 debbano emergere quali sono le motivazioni sottese all'intenzione del datore di lavoro di procedere all'intimazione del licenziamento. La specifica indicazione sarebbe necessitata dal successivo

---

<sup>181</sup> G. Pellacani, *Riforma del lavoro*, Giuffrè Editore, 2012.

<sup>182</sup> *Mutatis Mutandis*, il ricorso ad hoc nell'ordinamento lavoristico del termine "individuare", anziché "specificare" non sarebbe né una novità né privo di una propria ragione d'essere.

esame che deve essere compiuto dalla Commissione Provinciale di Conciliazione delle Soluzioni alternative al recesso che presuppone la precisazione del substrato e delle ragioni<sup>183</sup>. Quali sono le modalità della comunicazione datoriale? L'art. 410 c.p.c., nella versione riformata dall'art. 31 della legge n. 183/2010, tratta di "raccomandata con avviso di ricevimento", e la nota del Ministero del Lavoro del 25 novembre 2010, non oltrepassando il dettato normativo, esclude altre modalità di conoscenza come il fax che ha una propria specifica valenza discendente dal DPR n. 445/2000.

Si reputa però pienamente valida una nota inviata alla Direzione del Lavoro con il sistema di "posta elettronica certificata".

Anche se non è affermato esplicitamente, la comunicazione va resa per iscritto.

La carenza di comunicazione non è sanabile, inficia la procedura e l'eventuale recesso adottato in violazione della stessa. È in questo punto presente, come in altri, una sorta di analogia con l'iter previsto per la riduzione collettiva di personale per la quale il comma 45 dell'art. 1 prevede una strada per la sanabilità dei vizi concernenti la comunicazione iniziale per mezzo di una sottoscrizione di un accordo sindacale. Non superfluo è riflettere sul fatto che la comunicazione è fondamentale poiché permette di conoscere le cause sottostanti alla necessità di procedere al licenziamento, ad avviso datoriale.

Continuando a fare dei parallelismi notiamo che, rispetto alla comunicazione ex art. 4 della legge n. 223/1991 la quale riguardando una generalità di persone può non necessariamente essere puntuale ed analitica (potendo essere meglio "focalizzata" nel corso dell'esame congiunto), quella relativa al licenziamento individuale presenta delle caratteristiche più precise, atteso che l'imprenditore ha già scelto il soggetto verso cui esercitare l'azione di recesso.

---

<sup>183</sup> M. Tatarelli, Il licenziamento individuale e collettivo, Padova, Cedam, 2012.

Altresì vanno individuate con una certa puntualizzazione le misure attivabili ai fini di una ricollocazione perché possono facilitare la soluzione della controversia<sup>184</sup>.

In un termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta, la DTL trasmette la convocazione, sia al datore di lavoro che al lavoratore, per un incontro innanzi alla commissione provinciale di conciliazione (art. 410 c.p.c.). Dunque la Direzione territoriale deve inoltrare una nota, contenente il giorno e l'ora della convocazione la quale deve essere abbastanza ravvicinata ed urgente, pur nei limiti concessi dalla calendarizzazione dell'attività ordinaria, con lettera raccomandata o, in alternativa (cosa possibile per un cospicuo numero di aziende), con la "pec"<sup>185</sup>.

Nell'incontro suddetto le parti possono farsi assistere dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro. Questo perché? Perché durante lo svolgimento della procedura, le parti, con la partecipazione attiva della commissione, esaminano anche soluzioni alternative al recesso.

Devono essere chiarite alcune questioni. Una riguarda la possibilità che le parti siano o meno presenti avanti alla commissione di conciliazione o possano farsi rappresentare da un soggetto terzo munito di apposita delega, per la cui validità valgono le regole generali, ma che può essere autenticata anche da un funzionario della Direzione territoriale del Lavoro, come

---

<sup>184</sup> Per quello che riguarda la individuazione delle misure alternative, di ricollocazione o di assistenza alla ricollocazione, bisogna ricordare come la stessa Cassazione abbia, con la sentenza n. 6625 del 23 marzo del 2011, affermato che non necessariamente debbano avere le caratteristiche del lavoro subordinato, ben potendo l'offerta caratterizzarsi con una prospettiva di lavoro autonomo o in cooperativa. Non è ammessa l'assenza di qualsiasi garanzia reale in termini di flusso e di lavoro.

<sup>185</sup> Forme alternative di invio della lettera di comunicazione, valutata la necessità di coniugare la certezza dell'invio (pure ai fini dei possibili riflessi sul successivo iter giudiziale) con l'effettiva conoscenza della data della riunione da parte degli interessati, non se ne trovano (tranne i casi sporadici di "consegna a mano").

ammesso nella nota del 25 novembre 2010 del Segretario Generale del Dicastero del Lavoro, destinata alle strutture periferiche del Ministero in occasione della entrata in vigore della legge n. 183/2010. Hanno proposto di adottare, in un'ottica di semplificazione, forme "semplificate" di delega già in uso per le "conciliazioni monocratiche". Non escludendo che le parti possano delegare altri soggetti alla trattazione, si estrapola che dall'articolato fuoriesca la necessità che i soggetti interessati siano tutti presenti e, in particolar modo, il lavoratore.

L'esigenza della effettiva presenza delle parti è rafforzata dal fatto che, come più volte detto, nel corso della discussione potrebbero emergere soluzioni alternative al licenziamento che possono essere diverse ed articolate e quindi la presenza di coloro che sono, in fin dei conti, i diretti interessati è assolutamente necessaria.

Un'altra questione concerne i soggetti che possono assistere le parti nella fase conciliativa. Si tratta di organizzazioni di rappresentanza (sia datoriali che sindacali) o di rappresentanti sindacali aziendali, di avvocati e di consulenti del lavoro. A proposito dei primi soggetti nominati (le associazioni datoriali e dei lavoratori) non c'è nessun tipo di limite in ordine al criterio della maggiore rappresentatività che qui non è in alcun modo pertinente, dato che l'adesione ad una organizzazione sindacale è libera e la si conferisce anche tramite mandato, secondo le previsioni dettate dal codice civile, a chi si vuole. Parlando invece della presenza di professionisti "in assistenza delle parti", la norma restringe il campo solo ai soggetti che per la loro qualifica e funzione professionale possiedono i titoli: perciò avvocati e consulenti del lavoro. Questi ultimi sono tutti quelli che sono abilitati alla professione o che pure avendo un'abilitazione diversa (ad esempio i commercialisti) hanno posto in essere le procedure di accredito *ex lege* n. 12/1979.

Durante la fase conciliativa i soggetti che assistono possono anche mutare senza ostacolare la procedura. Va specificato tuttavia che la comunicazione

contenente l'invito si considera validamente effettuata quando è recapitata al domicilio del lavoratore indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio formalmente comunicato dal lavoratore al datore di lavoro, ovvero è consegnata al lavoratore che ne sottoscrive copia per ricevuta.

Il comma 3 non sembra prevedere altre forme di conoscenza "legale" delle intenzioni del datore di lavoro da parte del dipendente, nemmeno quella, prevista in altri provvedimenti normativi, della "consegna a mano" non ritirata e firmata dal dipendente, ma avvenuta alla presenza di testimoni.

Ad ogni modo, i tempi ristretti postulano l'esigenza di una differente modalità di organizzazione dell'Ufficio vertenze della Direzione del Lavoro e dell'attività della commissione di conciliazione; pervenuta la richiesta, la convocazione delle parti dovrebbe avvenire subito, stabilendo una data ravvicinata per l'incontro o addirittura organizzando riunioni "straordinarie" dell'organo conciliativo. Quest'opzione se non fa riscontrare effetti sul funzionario dell'Ufficio destinato a presiedere l'organo (notata la possibile intercambiabilità sulla base della delega direttoriale), invece, ne provoca sui "membri esterni" che, solitamente, si occupano di altre attività e svolgono il "*munus*" di componenti dell'organo collegiale in piena gratuità e senza nessun rimborso.

La procedura deve essere conclusa entro venti giorni dalla trasmissione della comunicazione di convocazione all'incontro, salvo che le parti acconsentano a proseguire la discussione per il raggiungimento di un accordo.

Questo significa due cose: la prima è che il termine si calcola dalla data di convocazione e pertanto all'interno dei venti giorni vanno computati anche quelli necessari alla ricezione della lettera raccomandata (nel caso in cui fosse possibile il "doppio invio per pec" il problema perderebbe importanza); la seconda è che l'incontro deve essere "ravvicinato" per permettere alle parti un vero confronto. Il termine dei venti giorni può essere superato? Si risponde positivamente a questa domanda, come

abbiamo anticipato, se le parti, anche su proposta dell'organo conciliativo, lo desiderino. In questa situazione è opportuno che lo "sforamento" risulti da un verbale di riunione interlocutorio. Peraltro qualunque spostamento non ha riflessi sul risultato del tentativo, potendosi lo stesso concludere con una mancata conciliazione. Queste constatazioni fanno dedurre che il Legislatore investe molto sull'effetto deflattivo della conciliazione. Infatti le parti possono continuare la discussione senza alcuna "spada di Damocle" temporale e si richiede una partecipazione attiva alla commissione la quale non può limitarsi ad un ruolo prettamente notarile. Partecipazione attiva che vuol dire capacità mediatoria sia in ordine all'accordo sulla indennità incentivante che rispetto alla individuazione di forme diverse dal recesso<sup>186</sup>. Qualora vi fosse un legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro, la procedura potrebbe essere sospesa per un tempo massimo di quindici giorni. Tale impedimento, che può consistere in uno stato di malattia ma anche in motivo diverso afferibile alla propria sfera familiare deve trovare la giustificazione in una tutela prevista dalla Legge o dal contratto. Va prodotto alla commissione o sotto commissione provinciale di conciliazione che ha il governo del tentativo e che se lo considera valido accorda la sospensione per il tempo richiesto. Gli impedimenti possono essere più di uno e successivi ma la valutazione dell'organo collegiale della loro "congruità giustificativa" deve effettuarsi di volta in volta e la decisione può essere presa anche a maggioranza.

Un altro istituto mirato a sterilizzare gli effetti della malattia del lavoratore sulla procedura di licenziamento è quello della previsione dell'efficacia retroattiva del licenziamento medesimo. Ricordiamo che il comma 41 dell'articolo 1 della riforma prevede che il licenziamento produca effetto

---

<sup>186</sup> Come per esempio il ricorso al tempo parziale, il trasferimento, l'occupazione presso un altro datore di lavoro, l'offerta di una collaborazione autonoma anche presso altri datori di lavoro, il distacco temporaneo, e il demansionamento (che troverebbe la propria giustificazione nella necessità di evitare un licenziamento).

dal giorno della comunicazione con la quale il procedimento è stato avviato. La norma propone un particolare sistema in base al quale si realizza una scissione tra intimazione del licenziamento e suo effetto però in senso del tutto opposto a quanto avveniva precedentemente<sup>187</sup>. Adesso il datore intima il licenziamento ma gli effetti si producono retroattivamente dal momento della comunicazione di avvio del procedimento.

Sappiamo anche che l'efficacia retroattiva è stata estesa anche all'ipotesi di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo intimato in seguito ad un procedimento disciplinare.

Gli effetti del licenziamento non si producono più dall'intimazione del licenziamento bensì dalla comunicazione al lavoratore della contestazione disciplinare di cui all'articolo 7 della legge 300/1970.

Si desume che la retroattività del recesso costituirà la regola, visto che i licenziamenti disciplinari e quelli per giustificato motivo oggettivo assorbono la quasi totalità delle ipotesi di licenziamento. Comunque l'applicazione del principio ai procedimenti disciplinari desta inevitabilmente delle perplessità. Mentre il procedimento di cui all'articolo 7 della legge 604/1966 possiede una rigorosa cadenza temporale, dilatabile solo in seguito a impedimento del lavoratore, non di identico stampo è il procedimento disciplinare il quale, eccetto l'ipotesi in cui il contratto collettivo non preveda termini entro cui la procedura debba concludersi, può avere una durata considerevole, ad esempio in tutte quelle ipotesi in cui sia indispensabile una istruttoria complessa<sup>188</sup>. Va inoltre sottolineato che

---

<sup>187</sup> Il datore di lavoro che intimava il licenziamento doveva rispettare un termine di preavviso, salva l'ipotesi di giusta causa ovvero salva la possibilità di risolvere immediatamente il rapporto e corrispondere al lavoratore un'indennità sostitutiva del preavviso. Era possibile che l'atto di licenziamento non producesse immediatamente effetti risolutivi.

<sup>188</sup> Nell'ipotesi di un procedimento disciplinare sussisteva già la possibilità di far retroagire gli effetti del licenziamento al momento in cui, in applicazione di disposizioni contrattuali, il datore di lavoro disponeva la sospensione dal servizio del lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare: in questo caso la retrodatazione degli effetti trova una giustificazione nel fatto che la prestazione

mentre per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo la retroattività degli effetti trova applicazione negli unici casi di licenziamenti intimati da imprese con più di 15 dipendenti, in quanto nelle altre situazioni non si applica la procedura di cui all'articolo 7 della legge 604/1966, per cui trovano ancora applicazione le ordinarie regole in materia di preavviso, per i licenziamenti disciplinari essa trova applicazione in tutte le fattispecie in cui il licenziamento debba essere preceduto dalla preventiva contestazione degli addebiti.

Problematica è la compatibilità tra il meccanismo che porta all'efficacia retroattiva del licenziamento e il preavviso.

Nelle ipotesi in cui il preavviso sia dovuto infatti la norma, nel disporre che il licenziamento produce effetti dal giorno della comunicazione di cui all'articolo 7 della legge 604/1966 o dell'articolo 7 della legge 300/1970, statuisce che sia fatto <<salvo l'eventuale diritto al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva>>.

Si evince anche altrove che <<il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato>>.

Al fine di individuare la data di effettiva cessazione del rapporto, occorre effettuare una distinzione. Quando il licenziamento viene intimato prima del decorso del termine di preavviso, calcolato da quando il licenziamento acquista efficacia, ossia dalla comunicazione di cui all'articolo 7 della legge del 1966 più volte citata o dell'articolo 7 della legge 300/1970, il licenziamento produce i suoi effetti al momento del decorso del periodo di preavviso. Nel caso in cui invece il periodo di preavviso sia integralmente assorbito dalla procedura in questione l'effetto risolutivo si produrrà al momento della cessazione del periodo di preavviso. Qui si può però verificare una situazione paradossale per la quale si ha una prestazione lavorativa successiva alla cessazione del rapporto di lavoro. Il Legislatore

---

lavorativa sia rimasta sospesa e che non sia proseguita, mentre nella fattispecie introdotta dalla riforma nelle more del procedimento disciplinare la prestazione potrebbe normalmente proseguire.

ha cercato di riprodurre le medesime conseguenze che si mettono in atto nell'ipotesi in cui un lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare venga sospeso dal servizio e dalla retribuzione: gli effetti del licenziamento decorrono dalla sospensione cautelare. In tale caso però non vi è alcuna prestazione lavorativa, stante la sospensione dal servizio del lavoratore, per cui non vi è nessun pregiudizio per il lavoratore, nelle ipotesi in cui gli effetti del licenziamento retroagiscono alla comunicazione di cui all'articolo 7 della legge 604/1966 o dell'articolo 7 dello Statuto il dipendente ha proseguito a rendere la prestazione anche per il periodo successivo alla data di decorrenza del licenziamento.

Naturalmente, qualora la prestazione sia stata posta in essere oltre il termine di efficacia del licenziamento, spettano al lavoratore tutti gli emolumenti che dalla stessa prestazione conseguono. Il trattamento di fine rapporto dunque non va calcolato fino alla data di formale efficacia del licenziamento ma fino a quella di reale cessazione del rapporto di lavoro. Ora si sposta l'attenzione sull'esito della procedura. Laddove la conciliazione abbia un esito positivo e preveda la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, trovano applicazione le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpI) e può essere previsto l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia per il lavoro, ovvero di somministrazione, di intermediazione e di supporto alla ricollocazione professionale (art.4, comma 1 lett. a), c) ed e), D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276)<sup>189</sup>. La risoluzione consensuale del rapporto al termine del tentativo obbligatorio di conciliazione è l'ipotesi caldeggiata dal Legislatore apertamente (art. 7, comm. 7, della legge n. 604/1966) che derogando alla disciplina ordinaria postula un possibile affidamento del lavoratore ad

---

<sup>189</sup> La legge 92/2012 ha anche riformato il sistema degli ammortizzatori sociali, prevedendo uno strumento universale ed unico di assicurazione dal rischio di disoccupazione, ossia l'assicurazione sociale per l'impiego, cd. ASpI, che sostituirà, dapprima l'indennità di disoccupazione non agricola, sia ordinaria che con requisiti ridotti e, a regime, l'indennità di mobilità.

un'agenzia del lavoro. L'art. 2 della legge di riforma disciplina la nuova Assicurazione Sociale<sup>190</sup>. I requisiti per il suo godimento sono: essere nello stato di disoccupazione; possedere almeno due anni di assicurazione e almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente di inizio del periodo di occupazione<sup>191</sup>. Si discute di una sorta di partecipazione economica alla "gestione" della fase successiva alla fine del rapporto che dovrebbe costituire una sorta di "remora" a fronte di recessi poco ponderati. La risoluzione consensuale del rapporto pone una ulteriore problematica connessa all'applicazione dell'art. 4, comma 17, secondo il quale l'efficacia delle dimissioni o della risoluzione consensuale del rapporto è sospensivamente condizionata alla convalida effettuata presso la Direzione territoriale del Lavoro o il centro per l'impiego competente per territorio, o presso la sede territoriale individuata dalla contrattazione collettiva, o, in alternativa, attraverso la firma apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro, inviata ai servizi telematici per l'impiego. Quando si raggiunge l'accordo si ha automaticamente una convalida, senza nessun ulteriore passaggio, come chiarito dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 18 del 18 luglio 2012.

---

<sup>190</sup> Nel campo di applicazione rientrano tutti i lavoratori dipendenti del settore privato, ivi compresi i titolari di rapporto di apprendistato ed i soci lavoratori che abbiano proceduto ad instaurare con la cooperativa un rapporto di lavoro subordinato ex art. 1, comm. 3, della legge n. 142/2001 ed i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni che hanno lavorato con un contratto a tempo determinato, con l'esclusione dei operai agricoli a tempo determinato e indeterminato per i quali permane la specifica tutela di settore (tra cui spicca l'art. 7, comm. 1, della legge n. 160/1988).

<sup>191</sup> Vanno ricordati i contenuti dei commi 6 e 7 dell'art. 2: con il primo si precisa che l'indennità è rapportata alla retribuzione imponibile ai fini previdenziali degli ultimi due anni, comprensiva degli elementi continuativi e non continuativi e delle mensilità aggiuntive, divisa per il numero delle settimane di contribuzione e moltiplicata per 4,33. Con il secondo si stabilisce che l'indennità mensile è rapportata alla retribuzione mensile ed è pari al 75% nei casi in cui nel 2013 la retribuzione mensile sia pari o inferiore a 1.180,00 € mensili, con rivalutazione ISTAT annuale. L'ASpI spetta dall'ottavo giorno successivo alla data di cessazione di rapporto del lavoro o dal giorno dopo di presentazione della domanda.

È interessante evidenziare la possibilità che in sede di accordo sulla risoluzione del rapporto si può addivenire alla composizione di altre questioni di natura economica afferenti il rapporto di lavoro come le differenze retributive, le ore di lavoro straordinario, o il trattamento di fine rapporto. È tutto possibile basta che ci sia la totale consapevolezza del lavoratore riguardo alla definitività della questione e la sua inoppugnabilità ex art. 410 c.p.c. In assenza della consapevolezza, è necessario stralciare la parte relativa alla “chiusura delle pendenze economiche” e concentrarsi su quello che è l’obiettivo della procedura. Se al contrario il tentativo di conciliazione ha esito negativo o, in ogni caso, è decorso il termine di sette giorni per la trasmissione della convocazione da parte della DTL, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore<sup>192</sup>. Qui è utile riaffermare che trova interamente applicazione anche per il licenziamento economico quanto stabilito dalla L. 92/2012 in caso di licenziamento intimato all’esito del procedimento disciplinare (art. 1, comma 41). Perciò il recesso produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato. Quando la conciliazione ottiene esito negativo, in sede giudiziale, allo scopo della determinazione

---

<sup>192</sup> Si deve dare conto dei tratti essenziali del dibattito dottrinale esistente in ordine agli istituti della decadenza e della preclusione. Un primo orientamento prende le mosse dall’idea di onere nel processo come generale contrassegno delle attività riservate alle parti, ossia come libertà di iniziativa all’origine strana all’idea di obbligo. Conseguenza di questa impostazione è che l’attività processuale è prevista a pena di preclusione anche nei casi in cui la legge non precisa le conseguenze del mancato compimento dell’atto entro il termine indicato. La conseguenza dell’onere inadempito comporta l’insanabilità e la rilevabilità d’ufficio, in ogni caso, della preclusione, la cui funzione è quella di attuare l’ordinato e razionale svolgimento del processo, sicché la relativa disciplina non può essere modificata nemmeno su accordo delle parti (A. Grasso, Riv. dir. proc., 1993). Secondo altro approccio poiché nel concetto di “termine” confluiscono situazioni processuali molto diverse tra loro per struttura e funzione, sarebbe necessario individuare la ratio di ciascuna previsione normativa e gli interessi di volta in volta messi in discussione e su tali basi ricavare le conseguenze che derivano dall’inosservanza delle forme previste a pena di preclusione e decadenza, salvo verificare in che misura una classe di termini sia estensibile o meno alle altre (R. Poli, Riv. dir. pro., 1996).

dell'indennità risarcitoria e della condanna alle spese processuali (artt. 91 e 92 c.p.c.), il giudice deve tenere conto del comportamento complessivo delle parti, estraibile altresì dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla medesima. Anche nel caso in cui la commissione di conciliazione non riesce ad arrivare ad una composizione positiva della controversia, è tenuta a redigere un verbale di mancato accordo, il quale, rispettando il dettato del comma 8 del nuovo art. 7 della legge n. 604/1966, non deve apparire generico e privo di contenuti. Dal verbale infatti si deve desumere il comportamento avuto dalle parti nella fase conciliativa. Ciò non si traduce nel fatto che si dovranno riportare tutte le questioni sollevate ma sicuramente dal verbale dovranno scaturire alcune questioni sostanziali riferibili ad eccezioni sollevate dal dipendente o da chi lo assiste (ad esempio si ritiene che il licenziamento desiderato non sia per giustificato motivo oggettivo, ma discriminatorio), oppure alla completa indisponibilità a trovare una soluzione di natura economica alla lite ovvero ancora ad accettare soluzioni alternative al recesso. Da specificare inoltre, è che, la proposta conciliativa avanzata dalla commissione ricopre una notevole importanza.

La proposta alle parti va fatta poiché è quel che si richiede nell'istante in cui il comma 2 ha posto l'accento su una partecipazione alla controversia: può essere adottata anche a maggioranza e deve essere frutto della condivisione di vari aspetti della vertenza ove i membri esterni di nomina sindacale si distaccano dalla loro origine. Quanto detto è in parte diverso da quello che l'art. 411, comma 2, c.p.c. prevede per il tentativo facoltativo di conciliazione dove si dice che la commissione di conciliazione formula una proposta bonaria di conciliazione della quale tiene conto il magistrato, in sede di giudizio, nell'ipotesi in cui non sia stata accettata senza congrua motivazione. La dizione presente nel nuovo art. 7 della legge n. 604/1966 appare più coinvolgente, dato che tutto il comportamento avuto durante la

procedura e le motivazioni che hanno portato a respingere la proposta dell'organo collegiale, sarà alla base della individuazione dell'indennità risarcitoria in caso di licenziamento economico non giustificato e degli onorari legali ed infine delle spese processuali.

È stato evidenziato che la procedimentalizzazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo rappresenta un'innovazione fondamentale della L. 92/2012 dal momento che avvicina tale fattispecie al licenziamento collettivo ed a quello disciplinare potendo costituire <<un'opportunità per tutti i soggetti coinvolti, ma che richiede al contempo anche un nuovo approccio culturale ed un diverso atteggiamento.

La norma impone a tutti gli interessati di mettere tutte le carte sul tavolo fin da subito, addirittura ancora prima del licenziamento, e di discuterne in contraddittorio sotto la supervisione di un soggetto terzo>><sup>193</sup>.

A mio sommo avviso, l'efficacia positiva della procedura rischia di essere svilita nella pratica poiché deve confrontarsi con la mole di lavoro delle direzioni territoriali del lavoro che dovranno, entro sette giorni dalla ricezione della richiesta inviata dal datore di lavoro, convocare le parti, in quanto, in mancanza, può essere comunicato il licenziamento. Questo termine, oltre ad essere perentorio, sembra essere troppo breve, avendo a mente che una delle ragioni del fallimento della preesistente e previgente procedura di conciliazione obbligatoria (stabilita per tutte le controversie di lavoro ex art. 410 c. p. c. e divenuta poi facoltativa grazie alla L. 183/2010) è stata proprio il ritardo (oltre i sessanta giorni) con cui venivano convocate le parti per l'espletamento del tentativo di conciliazione, almeno nelle realtà con maggior <<contenzioso>>. La procedura diveniva pertanto un inutile adempimento con l'effetto solo di procrastinare il reale esercizio dell'azione giudiziaria.

Tra l'altro, c'è da osservare che, in difformità rispetto a quanto previsto dal tentativo facoltativo di conciliazione, presente nella legge n. 183 del 2010

---

<sup>193</sup> G. Pellacani, Riforma del lavoro, Giuffrè Editore, 2012.

ove i luoghi teatro dell'iter "teoricamente possibili" erano aumentati a dismisura (si pensi a tutti gli organismi di certificazione o alle camere ed ai collegi arbitrali che si cumulavano a quelli "tradizionali" come la sede amministrativa, quella sindacale o quella giudiziale), la procedura compositoria della lite riguardante la "proposta di licenziamento" si svolge solamente in un posto, quello ove insiste la commissione di conciliazione istituita presso la Direzione territoriale del Lavoro. La composizione di questa è espressione delle organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale. Inoltre essa quasi sempre opera attraverso sottocommissioni composte da un rappresentante di parte datoriale, da uno di parte sindacale e da un funzionario della DTL, delegato dal proprio Dirigente.

Pertanto, a differenza dell'art. 413 c.p.c. che, in via indiretta, radicando la competenza del giudice del lavoro, delinea anche quella della Direzione territoriale del Lavoro e che prevede "fori alternativi"<sup>194</sup>, il nuovo e più volte menzionato art. 7 della legge n. 604/1966 individua con il solo luogo di svolgimento dell'attività del lavoratore l'organo periferico ministeriale competente per territorio.

La legge n. 92/2012, mutando attraverso l'art. 1, comma 40, l'art. 7 della legge n. 604/1966 e mirando ad una deflazione del contenzioso in materia di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, affida alla commissione provinciale di conciliazione, istituita ex art. 410 c.p.c., il compito di effettuare un tentativo di conciliazione della controversia, secondo un iter che possiede una lontana somiglianza, per alcuni aspetti, con quello previsto per le riduzioni collettive di personale, dall'art. 4 della legge n. 223/1991. Tutto questo potrebbe apparire, almeno a livello d'intenzioni, positivo poiché si accelera presso la sede amministrativa la fase di

---

<sup>194</sup> Questi fori sono: quello ove è sorto il rapporto, quello ove si trova l'azienda o la dipendenza in cui è addetto il lavoratore, o dove prestava la propria opera al termine del rapporto o per i rapporti parasubordinati quello del domicilio dell'agente.

confronto tra il datore di lavoro ed il lavoratore volta a trovare possibili soluzioni sia alternative al recesso che economiche, tenendo assolutamente presente che con i cambiamenti normativi intervenuti nel nuovo articolo 18, la soluzione giudiziale nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo è soltanto di natura risarcitoria.

Devono rispettare la norma tutti i datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo occupino alle proprie dipendenze più di quindici unità o più di cinque se imprenditori agricoli: la norma si applica anche nei confronti del datore, imprenditore o non imprenditore, che nello stesso ambito comunale occupi più di quindici lavoratori, anche se ciascuna unità produttiva non raggiunga tali limiti (per l'imprenditore agricolo dimensionato oltre le cinque unità vale lo stesso principio) e, comunque, a chi occupa più di sessanta dipendenti<sup>195</sup>. A questa casistica va aggiunta l'ipotesi prevista dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 143 del 23 aprile 1998: la c.d. "tutela reale" può essere estesa anche ai lavoratori dipendenti dalle imprese dimensionate sotto le sedici unità, qualora le stesse, in sede di contrattazione collettiva, si siano impegnate a garantire la maggiore tutela suddetta, avvenimento che si registra, con una certa frequenza in alcune aziende del settore cooperativo. Si ricalca, con questa previsione, quanto già affermato dal legislatore del 1970: da questo scaturisce la piena validità di alcuni indirizzi consolidatisi nel corso degli anni passati presso la Suprema Corte come quello secondo il quale il calcolo della base numerica deve essere effettuato non già nel momento in cui avviene il licenziamento, ma avendo quale parametro di riferimento la c. d. "normale occupazione" nel periodo antecedente, senza considerare le occasionali contrazioni

---

<sup>195</sup> Ai fini del computo i lavoratori a tempo parziale indeterminato sono calcolati "pro-quota" in relazione all'orario pieno contrattuale, mentre non si computano il coniuge ed i parenti entro il secondo grado sia in linea diretta che collaterale.

dell'occupazione<sup>196</sup>. Un altro tema da affrontare e quindi da risolvere concerne la non computabilità di alcune tipologie contrattuali, per effetto di specifiche dizioni legislative<sup>197</sup>. Vanno, al contrario, compresi nell'organico aziendale i soci lavoratori delle società cooperative di produzione e lavoro che, successivamente alla loro associazione, hanno sottoscritto un contratto di lavoro subordinato secondo la previsione contenuta nell'art. 1, comma 3, della legge n. 142/2001, i lavoratori a domicilio, i lavoratori sportivi professionisti che, pur non facenti parte dell'applicazione della c.d. "tutela reale", in virtù dell'art.4, comma 9, della legge n. 91/1981, rientrano nel computo dimensionale del proprio datore di lavoro ed, infine, i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Il datore di lavoro, sul quale grava, in giudizio, l'onere di dimostrare l'esistenza dei requisiti che lo portano al di sotto della "soglia", può far notare che il calo è stato causato da ragioni tecniche, organizzative e produttive (Cass., n. 2546/2004). Il problema risulta ancora più accentuato in quelle aziende ove, per motivi di mercato o di attività svolta in periodi predeterminati, l'occupazione è fluttuante: la giurisprudenza, restando fermo che l'onere della prova della consistenza numerica spetta al lavoratore, è divisa tra un concetto di media ed uno di "normalità" della forza lavoro, riferita all'organico necessario in quello specifico momento dell'anno.

<sup>197</sup> Ci riferiamo agli assunti con rapporto di apprendistato (qualunque sia la tipologia ed ivi compresi i c. d. "apprendisti in mobilità") in quanto l'art. 7, comma 3, del D. L. vo n. 167/2001 li esclude espressamente, ribadendo la dizione utilizzata dall'art. 21 della legge n. 56/1987. Parliamo anche degli assunti con contratto di inserimento, sino a quando tale contratto rimarrà nel nostro ordinamento (è stato abrogato dall'art.1, comma 14, ed ai contratti stipulati entro il 31 dicembre 2012, trovano applicazione, fino alla scadenza, le vecchie disposizioni). Sono ricompresi nel nostro elenco anche gli assunti con contratto di reinserimento ex art. 20 della legge n. 223/1991, nonostante questa tipologia sia rimasta nel nostro ordinamento come mero "retaggio storico", dal momento che è rimasta sostanzialmente inutilizzata negli ultimi venti anni. Inoltre abbiamo i lavoratori somministrati che, per effetto dell'art. 22, comma 5, del D. L. vo n. 276/2003, non rientrano nell'organico dell'utilizzatore.

<sup>198</sup> Il computo parziale nell'organico, comunque, riguarda anche i lavoratori intermittenti, grazie all'art. 39 del D. L. vo n. 276/2003, che li computa nell'organico dell'impresa "ai fini dell'applicazione di norme di legge, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre".

Il senso della riforma, ad ogni modo, è garantire quanto più possibile la <<legittimità>> del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con l'intervento di un soggetto terzo.

In sintesi, per quanto concerne la nuova procedura per l'intimazione del licenziamento per motivi economici, dobbiamo sicuramente focalizzarci sulla comunicazione preventiva alla DTL e sull'esperimento di un tentativo di conciliazione. All'interno di quest'ultimo vi è l'ulteriore *distintio* effettuata a seconda dell'esito. Il campo di applicazione, come più volte esplicitato, è quello delle aziende di grandi dimensioni.

Sempre per ciò che concerne la procedura di comunicazione preventiva del licenziamento economico introdotta dalla riforma Fornero, va detto che è fatto salvo l'effetto sospensivo disposto dalle norme a tutela della maternità e della paternità (di cui al D.L.vo 26 marzo 2001, n. 151) e in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro.

Inoltre il periodo di eventuale lavoro svolto durante la procedura si considera come preavviso lavorato. La disposizione ha lo scopo di determinare una data "legale" di risoluzione del rapporto ed ha un obiettivo specifico che è quello di rendere nulla una malattia intercorsa durante la procedura che rimanderebbe l'efficacia del recesso al termine della stessa. L'individuazione della appena citata data riguarda solamente l'effetto del licenziamento e non quello di natura amministrativa, connesso all'obbligo di comunicazione telematica dell'avvenuta cessazione del rapporto al centro per l'impiego da effettuarsi entro cinque giorni, come esplicitato nella nota della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva n. 18273 del 12 ottobre 2012.

Il Legislatore fa salvi gli effetti sospensivi legati al D.L.vo n. 151/2001 mentre nulla dice circa l'affissione delle pubblicazioni nella casa comunale, seguita dal matrimonio.

Altra questione che va esaminata ha come oggetto la motivazione del licenziamento quale riferibile ad un giustificato motivo oggettivo, secondo

quanto l'art. 3, seconda parte, della legge n. 604/1966, prevede. Come abbiamo spiegato, la dottrina e la giurisprudenza lo hanno ricondotto, negli anni, ad ipotesi di ristrutturazione dei reparti, di soppressione del posto di lavoro, di terzizzazione e di esternalizzazione di attività. A queste si sommano anche altre ipotesi che fanno riferimento alla inidoneità fisica ed ai provvedimenti di natura amministrativa che incidono sul rapporto (il ritiro della patente di guida o di un tesserino di ingresso rilasciato dalle autorità doganali agli spazi aeroportuali).

Discorso a parte poi è stato fatto per il superamento del periodo di comporto. L'essenzialità ed indispensabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione, di cui stiamo trattando nonostante le digressioni, si palesa allorché il datore intenda effettuare più licenziamenti individuali nell'arco temporale di centoventi giorni senza raggiungere la soglia di cinque. Qui, ovviamente si è di fronte a "recessi plurimi" per esigenze oggettive dell'azienda, tutti ricadenti nella procedura, oggi, prevista per i licenziamenti individuali e non in quella disciplinata dall'art. 4 della legge n. 223/1991. Nel caso in cui la Direzione territoriale del Lavoro si accorga che il datore ha domandato più di cinque tentativi di conciliazione deve considerare non ammissibile la procedura. Infatti il datore deve attivare quella di mobilità disposta dalla legge 223/1991. L'originario articolo 7, in ogni caso, prevedeva la possibilità per il lavoratore licenziato di promuovere presso l'ufficio provinciale del lavoro, entro 20 giorni dal licenziamento, un tentativo di conciliazione. Grazie alla modifica della norma, il tentativo di conciliazione diviene preventivo, cioè deve precedere l'adozione dell'atto; in più è obbligatorio poiché la sua omissione determina l'inefficacia del licenziamento. Infine deve essere promosso non dal lavoratore bensì dal datore di lavoro che desidera procedere al licenziamento.

Il procedimento di cui all'art. 7 riecheggia per vari aspetti il modello tedesco<sup>199</sup>, modello nel quale qualsiasi licenziamento deve passare attraverso una preliminare consultazione con il consiglio di fabbrica, a cui la parte datoriale deve fornire una informazione esaustiva in ordine alla motivazione del recesso che intende esercitare. In caso contrario il licenziamento è nullo.

Nell'ambito delle aziende in possesso del requisito dimensionale di cui abbiamo parlato, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo non costituisce più un atto che il datore possa adottare senza nessuna indicazione delle ragioni e senza alcuna concertazione. Prima di procedere al recesso il datore di lavoro deve considerare la situazione dell'azienda unitamente al lavoratore, ai rappresentanti sindacali ed alla commissione di conciliazione.

Passiamo alla trattazione del regime sanzionatorio. La tutela "forte" in caso di licenziamento determinato da ragioni oggettive riguarda le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui il datore abbia fatto valere l'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, senza alcun fondamento. Oltre alle ipotesi menzionate, la stessa sanzione "forte" contro il licenziamento per giustificato motivo oggettivo si applica nel caso di presunto superamento del periodo di comporto.

Tuttavia le norme recentemente introdotte assicurano con una certa prevedibilità le conseguenze sanzionatorie, alle quali il datore sarà assoggettato a seguito di un licenziamento senza giustificazione, soltanto ad alcune ipotesi.

L'incertezza è dominante invece negli altri casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Quale è la fonte dell'incertezza? È la nuova

---

<sup>199</sup> Anche in Francia e Svezia, in caso di licenziamento individuale il datore di lavoro deve attivare una procedura che coinvolge le rappresentanze sindacali e la cui violazione comporta la nullità del licenziamento. In Olanda la legittimità del licenziamento passa attraverso una autorizzazione amministrativa finalizzata a vagliare la ragionevolezza del recesso.

disciplina sanzionatoria riservata dalla legge n. 92 alle ipotesi non tipizzate in modo analitico ma da tempo rientranti nella nozione di giustificato motivo oggettivo che era capace precedentemente di ricomprendere ogni caso. E' incerto in maniera eclatante il regime sanzionatorio riservato alle situazioni in cui il licenziamento è conseguenza di una scelta organizzativa del datore che colpisce il dipendente nel suo interesse alla conservazione del posto di lavoro, ed alle quali in passato si applicava il regime della reintegrazione soltanto in ragione della riconducibilità dell'azienda all'area della stabilità reale. Sicuramente può essere colto che la graduazione operata dalla legge sulla base della gravità dell'illecito compiuto dal datore di lavoro, graduazione che rappresenta il presupposto per la selezione del regime sanzionatorio applicabile, ha però prodotto i propri effetti sulla definizione sostanziale di giustificato motivo, la quale prima della riforma era nei fatti unitaria.

Allo scopo di graduare il regime sanzionatorio applicabile al caso concreto, la legge ha disgregato la fattispecie delle “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” presente nell'articolo 3 della legge n. 604, contrapponendo al “fatto” e alla sua “insussistenza”, per la prima volta oggi nominati, le “altre ipotesi” di illegittimità. L'inserimento di nuove espressioni terminologiche, la definizione analitica dei frammenti concettuali che devono concorrere a costituire la fattispecie del giustificato motivo oggettivo ha inevitabilmente provocato dubbi interpretativi, i quali sono ancora più rilevanti laddove si rifletta sul fatto che la dottrina, in modo condivisibile, aveva affermato che “le ragioni che stanno alla base del giustificato motivo oggettivo non sono suscettibili di una graduazione”, al contrario del licenziamento per ragioni soggettive, ipotesi edificata sul concetto, graduato, di inadempimento<sup>200</sup>. Riflettere sulle ripercussioni dello smembramento del giustificato motivo oggettivo effettuato dalla legge a fini sanzionatori, è probabilmente più

---

<sup>200</sup> C. Cester, I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012, CEDAM, 2012

agevole una volta risolto un differente problema apportato dalla nuova formulazione dell'articolo 18 della legge n. 300 con una disposizione che sembra aggiungere un potere discrezionale di scelta fra diverse alternative a favore del giudice, così ulteriormente complicando il quadro a cui ci riferiamo.

Il nuovo settimo comma dell'articolo 18 usa il verbo "può" riferendosi al potere dell'organo giudicante, per decidere quale regime sanzionatorio colpisca il licenziamento nell'ipotesi, delineata dalla legge, di "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo"<sup>201</sup>, apparendo così alludere alla possibilità che, nel caso di "manifesta insussistenza del fatto" il giudice abbia di fronte più alternative. La categoria della "manifesta insussistenza" è declinabile in svariati modi, con la conseguente possibilità di valutazioni eminentemente soggettive<sup>202</sup>. Non vengono adoperate espressioni quali: il giudice <<ordina>> la reintegrazione (comma 1 art. 18) ovvero il giudice <<condanna>> il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro (comma 4 art. 18) ovvero <<applica la medesima disciplina di cui al quarto comma>>, come previsto per le altre ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In questo ambito il legislatore è andato oltre rispetto a quanto disposto per il licenziamento soggettivo, atteso che non si è limitato a richiedere, ai fini dell'illegittimità del licenziamento, l'accertamento dell'insussistenza del fatto; qui l'insussistenza deve essere <<manifesta>>, il che restringe ancor più il campo di applicazione concreta della fattispecie.

---

<sup>201</sup> V. Speciale, La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia, Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, 549.

<sup>202</sup> Magnani, La riforma del mercato del lavoro, in [www.adapt.it](http://www.adapt.it), Bollettino ordinario, 17 aprile 2012, 14. Alleva, Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili, in [www.adapt.it](http://www.adapt.it), Bollettino speciale, 16 aprile 2012, 12. Liso, Le ombre prevalgono nettamente sulle luci, in Newsletter Nuovi Lavori, 17 aprile 2012, 86.

Nel caso concreto le situazioni ed i fatti sono complessi e spesso per niente manifesti. Prima di analizzare cosa debba intendersi per “manifesta insussistenza del fatto”, l’interprete si imbatte in una fattispecie di potere sanzionatorio costruito, almeno apparentemente, su ipotesi alternative. L’interprete deve domandarsi quale tipologia di sanzione possa applicare il giudice qualora non ritenga di mettere in atto nel caso della “manifesta insussistenza del fatto” la reintegrazione nel posto di lavoro. Nella norma non è citata nessuna delle alternative offerte dalla legge al giudice il quale, letteralmente può, e non deve, ordinare la reintegrazione del posto di lavoro. Una soluzione che sembra percorribile è ritenere il giudice libero di applicare al posto della reintegrazione il regime del risarcimento del danno per equivalente previsto dal codice. Questa via si scontra con il fatto per cui il regime risarcitorio del licenziamento illegittimo beneficia di una buona autonomia, per cui risulta contraddittorio sistematicamente il ricorso agli schemi enucleati dal Codice in materia di risarcimento del danno; più convincente è l’idea di trovare una soluzione al problema nel microcosmo costituito dalla disciplina del licenziamento. Quest’ultimo, se per giustificato motivo oggettivo, risulterebbe sanzionato in modo diverso in relazione al “sotto-tipo” d’appartenenza.

Nelle ipotesi d’inidoneità alle mansioni o di violazione dell’articolo 2110 del Codice, il lavoratore vanta il diritto alla reintegrazione, anche se accompagnata da un regime risarcitorio affievolito che non fa acquisire al lavoratore più di dodici mensilità di risarcimento del danno.

Invece nella fattispecie del giustificato motivo oggettivo riconducibile a problemi di tipo organizzativo il giudice potrebbe decidere se concedere il diritto alla reintegrazione, secondo il regime definito per l’ipotesi di manifesta insussistenza del fatto, potendo, nella stessa situazione, attribuire un risarcimento meramente economico.

Risulta chiaro che il licenziamento basato su fatti manifestamente insussistenti potrebbe essere soggetto a sanzioni differenti: la

reintegrazione, con il diritto accessorio all'opzione economica sostitutiva della stessa, o il risarcimento disposto come sanzione unica per tutte le ipotesi residuali, difformi da quelle individuate dalla legge in modo specifico. La stranezza sorge in quanto la legge non offre nessuna informazione per stabilire in quali situazioni il giudice possa attenersi strettamente al regime sanzionatorio più severo ed in quali circostanze possa adeguarsi al regime meno rigoroso, atteso che entrambi i casi sarebbero applicabili nella ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento.

Il risultato non è pertanto soddisfacente. Se il fatto deve essere manifestamente insussistente per poter essere degno di nota non si afferra per quale ragione il giudice possa differenziare il trattamento sanzionatorio. La difformità sul piano delle sanzioni ed, a monte, l'attribuzione di un potere discrezionale al giudice in materia comporta una incomprensibile ed irragionevole disparità di trattamento fra diversi datori di lavoro, che rende la norma, in tal modo interpretata, non conforme a Costituzione. Si viola il principio di eguaglianza formale sancito dall'articolo 3 della Costituzione della nostra Repubblica<sup>203</sup>. Il bisogno di fornire un'interpretazione costituzionalmente coerente dell'articolo 18, comma 7°, della legge n. 300 del 1970, costringe a conferire a quel "può" un significato diverso. Il potere al quale la legge fa cenno è, a parere di alcuni, il potere del giudice di accogliere la domanda del lavoratore, e potendo il giudice accogliere il ricorso, appurando la manifesta insussistenza del fatto, dovrebbe in ogni caso, non potrebbe qualche volta, ordinare la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro. Il giudice si appresta ad ordinare la reintegrazione non in virtù di una facoltà di scelta fra sanzioni diverse ma in quanto può

---

<sup>203</sup> V. Speciale, La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia, in Riv. It. Dir. Lav., 2012 e A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori, in Riv. It. Dir. Lav., 2012.

accogliere la domanda fondata sull'allegata insussistenza del fatto indicato a motivo del recesso.

Il dipendente ha diritto al pagamento di un'indennità risarcitoria dalla quale deve essere dedotto sia quanto il lavoratore abbia percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative (cd. *aliunde perceptum*), sia quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione (cd. *aliunde percipiendum*). Il giudice condanna il datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per ritardata od omessa contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative<sup>204</sup>. Il regime sanzionatorio di cui abbiamo finora trattato si applica, senza alcun dubbio, vista la chiara formulazione del primo periodo del settimo comma, ad una moltitudine di ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, esplicitamente individuate, onde evitare che fossero prive di tutela. Si parla di casi di licenziamento riconducibili alla persona del lavoratore, non legate alle sue inadempienze, quali il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato al dipendente a causa della sua inidoneità fisica o psichica ovvero il licenziamento intimato al lavoratore in malattia o infortunato durante il periodo di comporto<sup>205</sup>. Il

---

<sup>204</sup> In quest'ultimo caso, qualora la contribuzione afferisca ad un'altra gestione previdenziale, viene imputata d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal lavoratore licenziato, addebitandone il costo al datore di lavoro.

<sup>205</sup> Riferendoci a tale ultima ipotesi, va sottolineato che la norma richiama l'art. 2110 c. c. che prende in considerazione accanto alla malattia ed all'infortunio anche i casi di maternità e puerperio. Va osservato che sarebbe stato opportuno specificare espressamente le prime due fattispecie, atteso che alle ultime due si applica il regime della tutela reale forte e piena del primo comma dell'art. 18 L. 300/1970.

nuovo testo dell'art. 18, comma 7, L. 300/1970 riprende anche i casi di licenziamento intimato al dipendente ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, L. 12-3-1999, n. 68, sul collocamento mirato dei disabili<sup>206</sup>. Lasciando ora da parte i casi in cui assume rilievo il mancato adempimento degli oneri strettamente procedurali e formali, il regime sanzionatorio del licenziamento per giustificato motivo oggettivo si dispiega in modo speciale quando la giustificazione addotta dal datore non si riferisca all'inidoneità alle mansioni o alla violazione dell'art. 2110 del Codice o non sia stata accertata la "insussistenza del fatto addotto". Nella ipotesi residuale individuata dal comma 7° dell'articolo 18 con la formula "altre ipotesi", e tra l'altro specularmente alle "altre ipotesi" di illegittimità del licenziamento effettuato per motivo soggettivo (comma 5° dell'articolo 18), il giudice condanna il datore di lavoro a pagare un'indennità risarcitoria onnicomprensiva decisa tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e al numero di dipendenti occupati, delle

---

<sup>206</sup> Il richiamo concerne i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia, i quali hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 % o sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Per i lavoratori ora considerati l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento quando essi possono essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero a mansioni inferiori. Se tale adibizione non è possibile, detti lavoratori vengono avviati, dagli uffici competenti, presso un'altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative (art. 4, L. 68/1999). In secondo luogo sono presi in considerazione i lavoratori disabili che, riscontrando un aggravamento delle condizioni di salute o a causa di una significativa variazione dell'organizzazione del lavoro, chiedono l'accertamento della compatibilità delle mansioni affidate con il proprio stato di salute. Laddove si veda una condizione di aggravamento che sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista. Gli accertamenti sono realizzati dalla commissione medica presso l'ASL e se è appurata la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda è prospettabile la risoluzione del rapporto di lavoro (art. 10, comma 3, L. 68/1999).

dimensioni dell'attività economica, dell'atteggiamento e delle condizioni della parti, con onere di puntuale motivazione a riguardo<sup>207</sup>. La previsione di una distinta sanzione per alcuni casi particolari conduce l'interprete ad individuare le situazioni che fanno parte della categoria delle "altre ipotesi", categoria che, considerata la genericità, può circoscriversi in modo empirico valutando la precedente elaborazione giurisprudenziale in tema di giustificato motivo oggettivo. Nonostante la legge n. 92 abbia scorporato il "fatto" dalla nozione di giustificato motivo, la nozione di giustificato motivo oggettivo non esiste al di fuori della norma che la prevede.

La giurisprudenza formata sull'articolo 3 della legge n. 604 del 1966 ha sottoposto le ipotesi reali di licenziamento ai tipi di verifica indicati in precedenza: la verifica sulla veridicità dei fatti narrati a fondamento del licenziamento da parte del datore di lavoro, il nesso di coerenza fra i fatti adottati ed il licenziamento effettuato e la verifica dell'impossibilità per il datore di lavoro di adibire il dipendente ad altre mansioni. Se sembra plausibile considerare che la non veridicità delle affermazioni del datore di lavoro corrisponde alla "manifesta insussistenza del fatto" posto alla base del licenziamento, è ovvio che le altre ipotesi sono formate in primo luogo dall'ipotesi di mancato riscontro, del giudice, del nesso di coerenza o della impossibilità per il datore di accomodare in modo diverso il lavoratore, nonostante siano verosimili i fatti allegati a sostegno della scelta del recesso<sup>208</sup>. In conclusione, le "altre ipotesi" sembrano equivalere a quelle

---

<sup>207</sup> Dovendosi ritenere che ad elevata anzianità di servizio e maggiore ampiezza dell'organico aziendale corrisponda un risarcimento maggiore. Sull'applicazione dei criteri, A. Maresca, nel Nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, osserva come la legge indichi chiaramente la preminenza del criterio dell'anzianità di servizio ai fini della determinazione dell'indennità.

<sup>208</sup> Perviene a conclusioni diverse parte della dottrina secondo la quale nella cornice normativa si può sostenere che il *repechage*, in quanto attinente al fatto organizzativo, rimane coesistente alla valutazione della "manifesta insussistenza" del fatto fondante il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Quando il *repechage* è possibile il fatto fondante il licenziamento dovrebbe valutarsi come manifestamente insussistente.

situazioni che, prima dell'entrata in vigore della riforma, erano state delineate in modo sintetico con la formula "repechage" o alle situazioni caratterizzate dalla presenza di una pluralità di lavoratori fungibili tutti potenzialmente esposti al licenziamento, rispetto ai quali il datore ha l'onere di seguire criteri oggettivi di scelta per la selezione del dipendente da licenziare<sup>209</sup>. Ma indubbiamente la diversità di sanzioni presenti nella legge n. 92 può considerarsi ingiustificata se ci si pone nella prospettiva del danno subito dal lavoratore, che ottiene la perdita del posto di lavoro, lavoratore rispetto al quale il recesso risulta privo di fondamento, sia nel caso in cui il fatto sia insussistente sia quando non sia stato considerato il nesso di causalità fra fatto addotto e posizione lavorativa espulsa. La scelta effettuata dalla legge di enunciare sanzioni diverse risulta comprensibile ove si abbandoni la prospettiva tradizionale che leggeva nel diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro una forma di risarcimento in forma specifica ed obbligava ad interpretare il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo come un regime inteso al ripristino della situazione economica ormai alterata dall'atto di recesso.

La legge n. 92 appare indifferente alla dimensione del danno effettivamente sopportato dal lavoratore e desiderosa di affermare un'idea "afflittiva" di sanzione contro il licenziamento, sanzione che rispecchia il giudizio di disvalore relativo ad alcuni comportamenti datoriali, riconducibili alla circostanza di un licenziamento per giustificato motivo privo degli elementi sostanziali, come se la "colpevolezza gestionale" fosse la giustificazione della sanzione applicabile. Massima è la sanzione per il licenziamento che sembra verosimilmente basato su fatti insussistenti. Attenuata è la pena per il licenziamento comunque ingiustificato che non sottolinei la grossolanità dell'imperizia del datore. La distinzione che

---

<sup>209</sup> L. Galantino, La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in Pellacani G., Riforma del lavoro, Giuffrè Editore, 2012.

abbiamo delineato tra “manifesta insussistenza del fatto” e “altre ipotesi” di illegittimità del recesso ha più che lecitamente provocato curiosità fra i commentatori che si sono domandati se la legge non tentasse in qualche modo d’influire sulla nozione di giustificato motivo oggettivo, a primo sguardo inviolata <sup>210</sup>, con prese di posizione che hanno privilegiato le ragioni dell’impresa ed altre che hanno valorizzato al contrario l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Le formule adoperate dalla nuova legge non hanno affatto prodotto un effetto di semplificazione o chiarimento definitivo degli interrogativi ancora sospesi<sup>211</sup>. L’attenzione della dottrina si è concentrata su situazioni in relazione alle quali si è dubitato della possibilità di individuare il “fatto”, presupposto del recesso, il quale, in precedenza, nessuna disposizione menzionava come elemento necessario della fattispecie di giustificato motivo oggettivo<sup>212</sup>, fatto che a parere di altri consiste nella “soppressione del posto” di lavoro<sup>213</sup>, le cui motivazioni il datore di lavoro deve esplicitare. Il criterio dell’interpretazione nella ricerca di una soluzione che sia coerente rispetto al sistema sottende che la ricerca del “fatto”, la cui presenza deve essere verificata dall’organo giudicante, non può portare alla violazione della libertà organizzativa dell’imprenditore, e permettere così il controllo sulle decisioni del datore di lavoro. Cosa la legge pretende principalmente dal datore? La trasparenza in ordine alle ragioni del licenziamento.

Sulla pubblicità delle ragioni del licenziamento può essere elaborata e ponderata una strategia alternativa al recesso o che attutisca l’impatto del licenziamento sul dipendente. L’oscurità dei motivi, per converso, unita alla

---

<sup>210</sup> C. Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in Arg. dir. lav., 2012.

<sup>211</sup> F. Carinci, Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, in Lav. giur., 2012.

<sup>212</sup> M. Marazza, L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori, in Arg. Dir. lav., 2012.

<sup>213</sup> A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art.18 Statuto dei lavoratori, in Riv. it. dir. lav., 2012.

reticenza su possibili soluzioni alternative, scarica il macigno dell'inoccupazione sulla collettività. Nonostante sia veritiero che il principio rilevante della norma è la trasparenza e che le scelte imprenditoriali non possono essere sindacate nel merito, non possiamo non considerare l'estrema difficoltà di discernere i casi in cui il fatto è manifestamente "insussistente" da quelle circostanze in cui si mostri non del tutto insussistente. Infatti nel giudizio riguardante la graduazione della sussistenza si possono tradurre proprio le valutazioni di merito sulle scelte dell'imprenditore che il sistema direttamente auspica di eliminare.

La legge ad ogni modo sembra ripetere un concetto: il datore di lavoro è libero di leggere i fatti della realtà che influenzano la gestione dell'impresa, ma è tenuto a dichiararli apertamente insieme alle conseguenze che prospetta di ricavarne. I suddetti fatti a volte possono sembrare univocamente interpretabili, altre volte ancora sono indissolubilmente connessi a valutazioni economiche soggettive, poste in essere dagli organi di vertice dell'impresa e concorrenti alla costituzione del fatto presupposto del recesso. Le valutazioni del datore di lavoro non sono oggetto di giudizio sostanziale; piuttosto devono essere palesate. Le parti interessate dunque devono essere poste nella condizione di conoscerle, opporre esiti alternativi al recesso o alternative che permettano al lavoratore di conservare quell'occupazione, o altra eventuale collocazione nella medesima azienda o in altra azienda del datore di lavoro. Attraverso la dialettica delle parti del rapporto, che la procedura di conciliazione ha desiderato enfatizzare si intravede la possibilità di realizzare una diversa disciplina dei licenziamenti per ragioni oggettive che inquadra l'intervento del giudice come *extrema ratio* e scovi nella cooperazione fra le parti lo strumento per la composizione degli interessi dell'impresa e del lavoro. La tesi che si deduce è la seguente: in presenza di un giustificato motivo oggettivo la regola (nell'ipotesi di illegittimità del licenziamento) è l'indennizzo mentre l'eccezione è la reintegrazione. La modulazione apportata alla sanzione

viene bilanciata dal rafforzamento della tutela in caso di licenziamento discriminatorio. Questo è perfettamente in linea con l'evoluzione del diritto europeo. Da cosa parte il ragionamento? Il suo punto di partenza, come notato dalla dottrina<sup>214</sup>, “è lo sdoppiamento sul piano funzionale (non su quello applicativo) del percorso mirato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento da quello che conduce a selezionare la sanzione”. “Nel primo caso il giudice dovrà stabilire se il fatto (la ragione aziendale) integra o meno il giustificato motivo oggettivo.

Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà, poi, individuare la sanzione da applicare nel caso concreto utilizzando i criteri selettivi stabiliti nel nuovo art. 18”. Il distinguo ci espone ad una difficoltà applicativa diversa a seconda che si verta in presenza di accertamenti semplici o complessi<sup>215</sup>. Al cospetto di un accertamento che non implica particolari difficoltà la conseguenza sarà immediata.

Di fronte ad un accertamento complesso (ad esempio la riduzione dell'attività per la perdita di commesse) bisogna distinguere due momenti. Parliamo sicuramente dell'accertamento, sul piano oggettivo, del fatto (la ragione aziendale) anche attraverso, eventualmente, la c. d. consulenza percipiente (in cui si sommano gli elementi acquisitivi con quelli valutativi) in presenza di ristrutturazioni articolate (ove sia necessario disporre di specifiche competenze tecniche), ove la parte abbia dedotto e allegato i fatti appunto ed il nesso di causalità tra questi ed il licenziamento.

A questo accertamento farà seguito la valutazione giudiziale in ordine alla scusabilità, o meno, degli eventuali errori in cui è incorso il datore di lavoro al momento dell'intimazione del licenziamento. Alla luce di quale canone valutiamo la scusabilità di siffatti errori? Di quello della diligenza previsto nell'art. 1176 c.c. All'interno dei rapporti obbligatori, “l'obbligo della

---

<sup>214</sup> Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori, in Riv. it. dir. lav., 2012.

<sup>215</sup> Cosio, Licenziamento per ragioni economiche, in Dir. prat. lav., 2012.

diligenza rileva rispetto all'interesse tutelato da un diritto relativo o assoluto: per soddisfare o rispettare tale interesse il soggetto deve pertanto emettere tutto lo sforzo appropriato secondo criteri di normalità, impiegando mezzi materiali, osservando norme tecniche e giuridiche, adottando cautele adeguate, e così via"<sup>216</sup>. Sembra corretto affermare che: "Si è cioè sancito che dove l'imprenditore sia in grado di dimostrare l'esistenza, ma non precisamente l'entità della perdita attesa, il licenziamento deve essere considerato comunque valido, essendo a questo punto affidato all'indennizzo stabilito dal giudice la funzione di filtro automatico della scelta gestionale, rispettoso della sua insindacabilità"<sup>217</sup>. Sappiamo anche che "qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie", l'onere della prova della differente ragione che ha determinato il licenziamento "grava sul lavoratore che, quindi, non solo dovrà formulare una specifica domanda nell'atto introduttivo del giudizio, ma dovrà anche offrire la prova di ciò che afferma"<sup>218</sup>. Riproponiamo l'annosa questione della rilevanza ovvero rilevanza in giudizio dell'esigenza economica posta a fondamento del licenziamento. Secondo un primo orientamento, è importante che l'esigenza sia legata alla sussistenza di una difficoltà economica. Fonderebbero un GMO "le sole ragioni dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli, al fine di salvaguardare gli equilibri economici dell'impresa e quindi anche la possibilità di mantenimento dei livelli occupazionali" oppure la necessità e l'esigenza di "fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti". "L'esigenza di riduzione dei costi deve essere imposta, non da un generico ed astratto timore di conseguenza sfavorevoli, ma da una concreta e seria ragione relativa all'utile gestione

---

<sup>216</sup> Bianca, *Il contratto*, Milano, 1984, 478.

<sup>217</sup> Ichino, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *Dir. prat. lav.*, 2012.

<sup>218</sup> Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012.

dell'azienda, nell'ambito dell'economia del mercato, e non di per sé dall'accrescimento dei profitti”<sup>219</sup>.

Una difforme visione viceversa sostiene “legittima ogni ragione (in senso economico) che abbia determinato il licenziamento e quindi non solo i motivi estranei alle determinazioni imprenditoriali, cioè le esigenze di mercato, ma anche le modifiche organizzative esclusivamente finalizzate all'incremento del profitto” restando ferma “la prova della effettività del processo di riorganizzazione o ristrutturazione”. “Opinare diversamente significherebbe affermare un principio contrastante con quello sancito dal richiamo all'art. 41 della Cost., per il quale l'organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisce un dato non modificabile se non in presenza di un andamento negativo e non, anche ai fini di una più proficua configurazione dell'apparato produttivo, del quale il datore di lavoro ha il naturale interesse a ottimizzare l'efficienza e la produttività”<sup>220</sup>. Questi concetti che possiamo definire liberisti si basano su una forte valorizzazione del primo comma dell'art. 41 della Cost.<sup>221</sup> e sulla apprezzabile considerazione di non impedire all'imprenditore attento e capace di porre rimedio tempestivamente e preventivamente ai pregiudizi causati da una congiuntura negativa.

La *ratio* della riforma e il richiamo al modello tedesco possono sostenere questa impostazione. In sostanza nemmeno la riduzione dei costi salariali, finalizzata ad incrementare i profitti dell'impresa *in bonis* dovrebbe essere ostacolata dal giudice nazionale, a patto che sia perseguita tramite misure coerenti di riorganizzazione aziendale e non meramente affermata come

---

<sup>219</sup> Cass. 25 marzo 2011, n. 7006.

<sup>220</sup> Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648.

<sup>221</sup> Nogler, La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 116, 2007, 640.

presupposto del licenziamento<sup>222</sup>. Quanto ricostruito sin ora deve però confrontarsi con l'ordinamento dell'Unione Europea. Il riferimento è:

- Alla Convenzione OIL n. 158/1982 e all'art. 24 della Carta sociale Europea che ricalca il principio per cui ogni licenziamento deve fondarsi su una valida ragione;
- Ai limiti posti alla facoltà di licenziare in diverse discipline speciali: quella che rimanda ad un lavoratore che rifiuta la trasformazione da tempo pieno a part-time (o viceversa), anche se non è esclusa la possibilità di fondare il recesso “su altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento” (art. 5.2 della direttiva 97/81); quella prevista poi dalla direttiva 2001/23. Disciplina che esclude che il trasferimento dell'impresa o parte di essa possa rappresentare valido motivo di licenziamento, sempre qualora non sussistano altre ragioni economiche, tecniche o organizzative. Per non citare l'insieme di norme che riguardano il diritto antidiscriminatorio il quale, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, assume il carattere di vero e proprio baluardo per i licenziamenti facili<sup>223</sup>.
- All'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali<sup>224</sup> (che esplicita il principio per cui “ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato”) divenuta giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La norma è già stata utilizzata dalla Suprema Corte Italiana per affermare che la libertà di iniziativa economica non preclude al giudice la possibilità di valutare se nel caso concreto questa prevalga o meno sulla tutela del posto di lavoro (Cass. n. 21967/2010).

---

<sup>222</sup> Sul tema si veda Varva, Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2011.

<sup>223</sup> Orlandini, Il licenziamento individuale in Europa, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>224</sup> Treu, L'articolo 18 degli altri, in *Europa*, 15 marzo 2012. Michelini, Commento all'art. 30, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, a cura di Bisogni-Bronzini-Piccone, Taranto, 2008.

In generale le nuove misure in tema di licenziamento dovranno rispettare i nuovi principi di proporzionalità (che implica un rigoroso bilanciamento tra esigenza della produzione e diritto del lavoro) e di effettività (per il quale la sanzione per la violazione di un diritto deve essere effettiva ed efficace, ovvero tale da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro). La riforma del licenziamento individuale per ragioni economiche sembra adeguarsi al principio di proporzionalità (tra libertà di organizzare l'impresa e tutela dei posti di lavoro; attribuendo all'indennizzo valore di regola come abbiamo già esposto e alla reintegrazione la posizione di eccezione) e di effettività della sanzione (assicurando la reintegrazione come regola che non conosce eccezioni laddove il licenziamento si connota come discriminazione).

## CAPITOLO III

### ULTERIORI REQUISITI DELL'ATTO DI LICENZIAMENTO

#### 3.1 Termine per l'impugnazione del licenziamento

Ai sensi dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 il licenziamento va impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta ovvero se successiva dei suoi motivi.

È sufficiente un'impugnazione stragiudiziale attraverso qualsiasi atto scritto idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore di impugnare appunto il licenziamento, anche per mezzo di un sindacato. Fino al 2010 tuttavia il lavoratore, non incorso in decadenza con l'invio di una normale lettera, poteva aspettare parecchio tempo per introdurre il giudizio, vista la durata notevole dei termini di prescrizione (5 anni per il licenziamento ingiustificato ed annullabile, protetto dall'art. 18 Statuto lavoratori; 10 anni in caso di tutela obbligatoria, addirittura azione imprescrittibile nelle ipotesi di licenziamento nullo o inefficace).

L'art. 32 della legge n. 183 del 2010 ha profondamente innovato la disciplina al fine di reprimere il comportamento abusivo di alcuni lavoratori diretto a lucrare gli effetti di un'introduzione tardiva della causa. Questa norma prevedeva che, evitata la decadenza, il dipendente entro 270 giorni dall'impugnazione<sup>225</sup> dovesse a pena di inefficacia dell'impugnazione

---

<sup>225</sup> Riguardo al problema dell'individuazione del dies a quo di decorrenza del termine di 270 giorni (ma la questione è identica ad oggi, in seguito alla riduzione del termine a 180 giorni) si veda L. Perina, Il nuovo regime delle decadenze previsto dall'art. 32 L. 183 del 2010, in *Rass. Giur. lav. Veneto*, 2012, il quale ritiene preferibile l'interpretazione della norma nel senso che il termine per l'impugnazione giudiziale decorra dalla data dell'impugnazione stragiudiziale, con la conseguenza che il detto termine risulta "mobile" (diversamente vi è chi ritiene che il termine di 270 giorni conterrebbe in sé anche quello dei 60 e dall'altro lato chi fa decorrere il termine da quello della

stessa<sup>226</sup> depositare il ricorso nella Cancelleria del Tribunale in funzione di Giudice del lavoro. Da ultimo ai sensi dell'art. 1, comma 38, della riforma del 2012 il termine per impugnare in via giudiziale è stato ridotto da 270 a 180 giorni<sup>227</sup> con esplicita regolamentazione del profilo intertemporale: la riduzione infatti si applica solo ai licenziamenti intimati dopo il 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della riforma (art. 1, comma 39). L'ampiezza della formulazione fa ritenere che l'onere di impugnazione si applichi anche ad ipotesi in precedenza escluse, come il licenziamento per causa di matrimonio, della lavoratrice madre, discriminatorio. Nella versione originaria del Collegato lavoro si prevedeva l'applicazione di questo meccanismo pure al licenziamento orale o privo dell'indicazione dei motivi richiesti dal dipendente. Durante i lavori parlamentari questo inciso è caduto e si è efficacemente specificato che il *dies a quo* dell'impugnazione coincide con la ricezione della comunicazione del licenziamento in forma scritta: l'impugnazione del licenziamento orale è perciò possibile senza termini di decadenza e prescrizione.

Un'altra ipotesi eccettuata dall'onere di impugnazione riguardava il caso del licenziamento inefficace per mancanza di comunicazione delle

---

scadenza del precedente termine di 60 giorni; entrambe queste letture svalutano il dato letterale e sintattico della norma di riferimento).

<sup>226</sup> In dottrina si declina l'onere di impugnazione giudiziale nel senso di un'ulteriore termine di decadenza. In questo senso A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, Giappichelli, 2012. Una tale qualificazione giuridica non deve darsi per scontata in ragione delle considerazioni che verranno sviluppate in seguito. Altra dottrina manifesta dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla posizione di limiti all'esercizio del diritto a carico di una parte sola del processo. Di questo avviso M. Miscione, *Giustizia del lavoro e "Collegato lavoro 2010"*, in M. Miscione, D. Garofalo, *Il Collegato Lavoro 2010, Commentario alla Legge n. 183 del 2010*, Milano, Ipsoa, 2011.

<sup>227</sup> Secondo A. Vallebona, si tratta di un doppio termine di decadenza sostanziale come tale insuscettibile di sanatoria, interruzione o sospensione, che deve essere eccepito dal datore di lavoro e non è rilevabile d'ufficio; sul punto rimane in dubbio se la mancata eccezione nella prima memoria comporti o meno la conseguente preclusione anche nell'ambito della fase sommaria del nuovo rito speciale che non dovrebbe essere soggetta a preclusioni. I. M. Di Biase, *Il nuovo regime delle decadenze*, in M. Tiraboschi, *Collegato Lavoro*, Milano, Gruppo 24 Ore, 2010.

motivazioni richieste dal dipendente. All'interno del nuovo quadro normativo, visto l'obbligo di motivazione contestuale al licenziamento (art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 come modificato dall'art. 1 comma 37 della riforma), ci si deve domandare se il dipendente debba impugnare entro i predetti termini il licenziamento intimato per iscritto ma privo di ragioni.

Rispettando la lettera della legge la risposta dovrebbe essere negativa in quanto l'art. 6, comma 1, della legge del 1966, non toccato dalla riforma dello scorso anno, continua a determinare il *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione nella comunicazione dei motivi. Questa soluzione trova un appiglio e una giustificazione in ragione del fatto che attualmente è richiesta una specifica motivazione contestuale;

a far scattare l'onere di impugnazione non servirebbe più un qualsiasi atto scritto bensì uno scritto motivato. Si potrebbe obiettare che, nella logica della legge n. 604 l'individuazione di un duplice *dies a quo* si basava sulla disposizione secondo la quale i motivi andavano comunicati soltanto a richiesta del lavoratore, ragione per cui la vecchia norma non si applicherebbe più dato che poggia su un presupposto che è stato abrogato; la sanzione derivante dalla mancata comunicazione dei motivi è solo indennitaria, questo renderebbe irragionevole il non assoggettamento al termine di impugnazione di un licenziamento immotivato anche se intimato con atto scritto.

Infine sembrano soggette all'onere di impugnazione tempestiva le diverse fattispecie di inefficacia del licenziamento per vizio procedimentale: in tali ipotesi il *dies a quo* sembra identificabile con assoluta certezza (coincidendo con la ricezione della comunicazione del licenziamento accompagnata da contestuale giustificazione). Inoltre, va aggiunto che se il lavoratore, anziché depositare il ricorso giudiziale, decide di optare per la conciliazione o l'arbitrato e questi sono rifiutati ovvero non è raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, deve depositare il ricorso

giudiziale, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

La riforma del 2012 ha inserito un rito speciale per le controversie <<aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18>> dello Statuto dei lavoratori (art. 1, commi da 47 a 68, della legge n. 92).

Prescindendo dall'analisi delle innumerevoli questioni interpretative poste dalla nuova disciplina processuale<sup>228</sup>, necessita domandarsi se il deposito del ricorso speciale di cui al comma 47 sia di per sé adatto ad integrare gli effetti di cui all'art. 32 della legge n. 183 del 2010.

Inoltre bisogna domandarsi quali possano essere le conseguenze per la situazione in cui il giudice, all'udienza di comparizione delle parti, in presenza di una domanda basata solamente sull'art. 18 St. lav., dovesse notare il difetto dei presupposti per l'applicazione del rito speciale medesimo. Per quanto concerne il primo dubbio sollevato si ritiene che l'effetto sostanziale di evitare la decadenza si realizza con il deposito del ricorso, non essendo anche indispensabile la sua notifica e quella del decreto di fissazione dell'udienza<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Le problematiche sono in realtà molteplici. Si guardi solamente al tema dell'applicabilità del rito speciale con riferimento all'eventuale domanda subordinata di tutela debole ex art. 8 della legge 604 del 1966 e a quello della possibilità, o no, per la parte di decidere se instaurare il processo nelle forme del rito speciale o di quello ordinario (si parla di comprendere se il rito speciale è alternativo o no rispetto a quello ordinario. Riferendosi a questo aspetto, la dottrina ha ritenuto il rito sommario di cui ai commi da 48 a 68 come forma esclusiva di accesso di accesso alla giurisdizione per chi vuole ottenere una pronuncia ex art. 18 della legge 300 del 1970. G. Pacchiana Parravicini, Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali, in *Mass. Giur. lav.*, 2012).

<sup>229</sup> In questa direzione si veda G. Amoroso, Il regime delle impugnazioni e delle decadenze, ne Il libro dell'anno del diritto 2012, Treccani, Roma, 2012, voce "Diritto del lavoro"; L. Perina, Il nuovo regime delle decadenze previsto dall'art. 32 L. 183 del 2010, in *Rass. Giur. lav. Veneto*, 2012; G. Ianniruberto, Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali, in M. Cinelli, G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2011.

La seconda questione è più grave. Nel 2012, con la riforma, non viene assolutamente attribuita al giudice adito, nell'ipotesi di cui stiamo trattando, la possibilità di procedere al mutamento di rito, non prevedendo la legge un meccanismo come quello disposto dagli articoli 426 e 427 c. p. c. per il passaggio dal rito ordinario al rito speciale e viceversa. Queste norme non appaiono neppure suscettibili di applicazione analogica alla fattispecie analizzata dal momento che regolano casi diversi<sup>230</sup>. Il giudice dovrebbe quindi, a rigore, con l'ordinanza di cui all'art. 1, comma 49, della legge 92 del 2012, dichiarare la domanda inammissibile con pronuncia di rigetto in rito, atteso che l'ammissibilità del rito si configura, in questo frangente, alla stregua di un presupposto processuale<sup>231</sup>. Il legislatore avrebbe dovuto risolvere diversamente il problema se avesse seguito le ragioni di economia processuale. Avrebbe conseguentemente tradotto l'errore della parte in un motivo di mera conversione oppure separazione o in ogni caso "passaggio" dal rito speciale al "normale" di cui all'art. 414 c.p.c. Questa disattenzione del legislatore provoca conseguenze a dir poco irragionevoli<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008; P. Sandulli, A. M. Soggi, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2010.

<sup>231</sup> In dottrina G. Pacchiana Parravicini, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012; M. De Luca, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime*, Sintesi della relazione tenuta al Convegno nazionale AGI in Ancona, 26 e 27 ottobre 2012, in [www.cassazione.net](http://www.cassazione.net). Una conferma indiretta della correttezza di quanto abbiamo evidenziato sembra potersi trarre dall'art. 702-ter c.p.c., secondo il quale, con riferimento al rito sommario di cognizione (parente molto stretto del rito speciale in esame) se il giudice rileva che la domanda non rientra tra quelle indicate nell'art. 702-bis, deve, con ordinanza non impugnabile, dichiararla inammissibile (nel caso dell'art. 702-bis c.p.c. il legislatore ha derogato alle regole generali di cui agli artt. 281-septies ss. c.p.c., in modo da escludere ogni conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda, provocando condivisibili ed aspre critiche in dottrina; A. Stropparo, *Il nuovo processo del lavoro tra conciliazione facoltativa ed arbitrato*, in *Il Corriere del Merito*, 2011. P. Sordi, *Controversie, stesso iter per tutti i lavoratori*, in *Guida dir.*, 2010.

<sup>232</sup> Si è a conoscenza che per la domanda riconvenzionale il comma 56 dell'art. 1 della riforma 2012 prevede che, quando la causa relativa alla riconvenzionale medesima non è fondata su fatti

La più affidabile ed esperta dottrina processual-civilistica pone in evidenza che la decadenza non può considerarsi davvero impedita per la sola circostanza che sia stata proposta nel termine la domanda giudiziale: <<solo se il processo, cui ha dato inizio una domanda proposta entro il termine, giunge fino alla decisione, e ad una decisione qui di merito, avremo la salvezza e però al tempo la efficace realizzazione del potere soggetto a tale forma di decadenza>><sup>233</sup>. Come corollario di quanto appena esposto possiamo affermare che se il termine di 180 giorni, stabilito per l'impugnazione giudiziale del licenziamento, dovesse realmente considerarsi come un termine di decadenza ex art. 2964 c.c., l'effetto impeditivo della medesima decadenza non risulterebbe perfezionato nel caso di estinzione o di rigetto in rito della domanda.

Il rigore del meccanismo processuale voluto dal sistema normativo è inutilmente ed inverosimilmente eccessivo. La parte, infatti, rischia di scontare una conseguenza decisamente penalizzante per essere riuscita ad introdurre un giudizio attraverso uno strumento che incarna pur sempre un ricorso depositato, ed, in più, al giudice giusto. Le errate conseguenze appena svelate dipendono non solamente dalla mancata previsione della regola del passaggio dal rito sbagliato a quello giusto ma anche dalla

---

costitutivi identici a quelli posti alla base della domanda principale, il giudice ne dispone la separazione. Questa disposizione, che non pare estensibile alla fase introduttiva del giudizio, visto che riguarda la fase dell'opposizione, sottolinea in modalità ancor più evidenti la profonda disparità della mancata previsione della regola del passaggio di rito.

<sup>233</sup> C. Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, vol. II, Profili generali, Torino, Giappichelli, 2010. In giurisprudenza, con riferimento all'ipotesi di estinzione del processo, notiamo Cass. , 18 gennaio 2007, n. 1090. Appare implicitamente confermare una tale impostazione L. Perina, Il nuovo regime delle decadenze previsto dall'art. 32 L. 183 del 2010, in Rass. Giur. lav. Veneto, 2012, il quale pensa che <<qualora l'atto depositato nei 270 giorni sia stato notificato, il contraddittorio può definirsi instaurato e produce l'effetto di conferma dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento. Sempre che non vi sia successivamente la inattività delle parti, e sempre che il ricorso non sia nullo>>.

qualificazione del secondo termine di impugnazione come di decadenza<sup>234</sup>. La dottrina ha rilevato che i due termini di cui al nuovo testo dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 concretano <<una fattispecie a formazione progressiva nella quale le due fasi non possono essere considerate disgiuntamente: esse costituiscono un unicum inscindibile in quanto la inosservanza delle singole regole fissate per ciascuna delle due fasi comporta la decadenza con effetto sostanziale dall'esercizio del diritto>><sup>235</sup>. Tuttavia la norma non qualifica espressamente il termine di cui parliamo come di decadenza.

Perciò è indispensabile per stabilire se concretamente si tratti di decadenza o prescrizione identificare la ragione della previsione del termine. La dottrina cosa mette in risalto? <<La prescrizione colpisce crediti o diritti reali il cui titolare sia rimasto troppo a lungo inerte; la decadenza elide e spegne un potere di modificazione di un rapporto giuridico od una azione costitutiva. Pertanto, se il legislatore ha inteso mirare al consolidamento di uno stato di fatto in uno stato di diritto, si applicheranno le norme sulla prescrizione, se invece si tratta di limitare nel tempo la possibilità di attivare una data modificazione giuridica, allora si applicheranno le norme sulla decadenza>><sup>236</sup>. Partendo da queste ultime considerazioni, bisogna domandarsi se l'azione di impugnazione del licenziamento nelle ipotesi disciplinate dall'art. 18 sia esercizio di un potere di modificazione di un rapporto giuridico o sia in ogni caso un'azione costitutiva. Una corrente di pensiero reputa che qualora il lavoratore agisca in giudizio al fine di vedere

---

<sup>234</sup> La diffusa incertezza riguardo al criterio di distinzione fra prescrizione e decadenza è stata notata da dottrina molto autorevole. F. Santoro – Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, IX ed., ristampa, 1995.

<sup>235</sup> L. Perina, *Il nuovo regime delle decadenze previsto dall'art. 32 L. 183 del 2010*, in *Rass. Giur. lav. Veneto*, 2012. La dottrina concorda con il riconoscimento della natura decadenziale solo al secondo termine di impugnazione.

<sup>236</sup> C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Profili generali*, Torino, Giappichelli, 2010.

dichiarata la persistente esistenza del rapporto di lavoro che assume non essersi estinto per inefficacia dell'atto di recesso, il processo che ne deriva dovrebbe rientrare nella categoria dei giudizi di mero accertamento dell'esistenza del rapporto di lavoro<sup>237</sup>.

In realtà, una autorevole dottrina processualistica ha attirato il giudizio di impugnazione del licenziamento ex art. 18 St. lav. nell'orbita della tutela meramente accertativa utilizzando differenti argomentazioni<sup>238</sup>.

Il potere di licenziamento riconosciuto al datore di lavoro viene innanzitutto ricostruito in termini di potere formativo privato, con un più che opportuno abbandono della lettura dello stesso in chiave <<provvedimentale – autoritaria >> pur talvolta prospettata dalla dottrina laburistica. L'allocazione all'interno della categoria dei poteri formativi privati ha quale conseguenza il fatto che il potere di licenziare è esercitabile mediante un negozio unilaterale in tanto in quanto sia presente davvero il presupposto di quel potere e sia rituale la forma del suo esercizio: <<nel giudizio di impugnazione del licenziamento v'è sempre un accertamento che non si riferisce al potere di annullamento di un provvedimento di licenziamento spettante al lavoratore e neppure, non direttamente almeno alla sussistenza del potere sostanziale di licenziare spettante al datore di lavoro in relazione a determinati fatti integranti giusta causa e giustificato motivo. Quell'accertamento si riferisce piuttosto direttamente all'attuale vigenza o

---

<sup>237</sup> A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012, il quale afferma che affinché l'azione d'impugnazione del licenziamento possa considerarsi costitutiva occorre dimostrare che il licenziamento, pur se emesso in difetto dei presupposti che lo giustificano, sia efficace.

<sup>238</sup> R. Oriani, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, Cedam, 2003; La tesi del Consolo, riscoperta da E. Barraco nel commento a Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141 (Licenziamento e tutela reale: l'onere della prova tra norma sostanziale e processo in *Corr. Giur.*, 2006) è stata ripresa e sposata da L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali alla prova del diritto comparato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007. In argomento E. Barraco, *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento?*, in *Arg. dir. lav.*, 2008.

meno del rapporto di lavoro>><sup>239</sup>. Analizzando la teoria in commento notiamo che la ricostruzione del processo di impugnazione del licenziamento in termini di tutela costitutiva, nel cui alveo il dipendente farebbe valere un diritto potestativo all'annullamento del negozio – provvedimento datoriale, incontrerebbe un ostacolo positivo difficile da oltrepassare: se ci riferissimo ad annullabilità negoziale l'onere della prova del vizio che inficia il negozio dovrebbe essere riversato sul lavoratore attore, mentre l'art. 5 della legge 604 del 1966 ne grava esplicitamente il datore di lavoro convenuto<sup>240</sup>.

Per tutti questi motivi, l'onere di cui all'art. 6 della legge sui licenziamenti individuali sembrerebbe non tanto qualificabile in termini di vera e propria impugnazione, quanto più opportunamente di <<contestazione >> da parte del prestatore di lavoro, diretto alla chiarificazione dello stato in cui versa il rapporto.

A seguito della riforma del 2012 la questione sembra scovare una risposta a geometria variabile , ulteriormente confusa dalla incerta e poco apprezzabile costruzione letterale della legge che non è in grado di fare un uso ponderato delle parole, maggiormente con riguardo al problema della qualificazione dei differenti vizi dell'atto di recesso<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> C. Consolo, Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Il Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1991.

<sup>240</sup> Di contrario avviso A. Vallebona, L'onere della prova nel diritto del lavoro, Padova, Cedam, 1988, il quale supporta la tesi della superfluità da un punto di vista strettamente tecnico, riconoscendone viceversa significativa importanza dal punto di vista dell'evoluzione dell'ordinamento poiché esplicita un punto di non ritorno che protegge da interpretazioni soffocatrici, della norma di cui all'art. 5 della legge n. 604 del 1966. Il presupposto di partenza dell'Autore nominato è che <<la giustificazione del recesso configura un fatto costitutivo della fattispecie genetica della facoltà di licenziamento>>.

<sup>241</sup> C. Consolo, D. Rizzardo, Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali, in Corr. Giur., 2012, sostengono che anche successivamente alla riforma del 2012 l'azione di c.d. impugnazione del licenziamento debba essere qualificata come azione di accertamento. L'accennata ricostruzione, incontrovertibile quanto al primo, terzo e quarto livello

In conclusione pensiamo che vi siano elementi per credere che il termine di 180 giorni per l'impugnazione giudiziale sia imposto al lavoratore non a pena di decadenza ma di prescrizione. Ciò discende in primo luogo dall'esigenza di evitare l'irragionevolezza di un doppio termine di decadenza incombente sul prestatore di lavoro, soprattutto in mancanza di un'espressa qualificazione in tal senso da parte del legislatore. Se infatti la decadenza fa sì che l'esercizio di un potere sia effettuato entro un preciso limite temporale e se il dipendente nei 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento elimina l'incertezza della situazione, non si comprende che senso abbia l'imposizione di una seconda decadenza.

Ricostruire il tutto in termini di prescrizione non solo si rivela essere più armonico con i principi generali ma anche dotato di una più forte logica interna alla disciplina sanzionatoria dei licenziamenti.

Quando il legislatore del Collegato lavoro ha imposto per l'azione giudiziale un termine di 270 giorni ed ha confermato la vetusta e collaudata decadenza stragiudiziale, intendeva ridurre ad unità la selva dei previgenti e non tipizzati termini di prescrizione (5 anni per il licenziamento ingiustificato nell'area di applicazione del vecchio art. 18 St. lav., 10 anni nel caso di tutela obbligatoria classica, imprescrittibilità infine per le fattispecie di licenziamento nullo).

La soluzione prospettata permette in secondo luogo di sdrammatizzare conseguenze aberranti essere il frutto dell'intreccio della nuova disciplina sostanziale con lo spartito processuale inserito dal rito speciale. Qualora il termine di 180 giorni per l'impugnazione venisse considerato come un termine di decadenza ne conseguirebbe che, laddove il dipendente proponesse il ricorso nelle forme del nuovo rito speciale in difetto dei requisiti per l'applicazione dell'art. 18 St. lav., lo stesso dovrebbe dirsi decaduto nella situazione in cui non riesca ad incardinare il giudizio

---

di tutela potrebbe sollevare qualche incertezza con riferimento al secondo livello di tutela (art. 18) in quanto il dato letterale è orientato nel senso dell'annullamento.

ordinario del lavoro a seguito del già esaminato rigetto in rito. Al contrario appoggiando e sostenendo la ricostruzione in termini di prescrizione dell'azione, il lavoratore, dopo aver reagito tempestivamente con l'impugnazione stragiudiziale, una volta depositato il ricorso non si scontrerebbe con un inutile ed irragionevole barrage dovuto ad una imprecisa individuazione del rito applicabile.

Per quanto concerne invece il termine <<impugnazione>> la giurisprudenza (Cass. 30 maggio 1991, n. 6102) ha affermato che, nell'ambito dell'art. 6 della L. 604/1966, va inteso in maniera generica, <<in quanto riferibile a dichiarazioni scritte extragiudiziali, non accompagnate dal contemporaneo ed effettivo esercizio dell'azione giudiziaria.

Pertanto, è sufficiente che il lavoratore, direttamente o tramite l'organizzazione sindacale, manifesti al datore di lavoro, per iscritto, la volontà di contestare la validità e l'efficacia del licenziamento, indipendentemente dalla terminologia usata e senza necessità d'uso di formule sacramentali>><sup>242</sup>.

Va verificato se è accolta l'impugnativa da parte di persona diversa dal lavoratore. Una sentenza estremamente risalente della Cassazione, pronunciata a sezioni unite, ha constatato che l'impugnativa costituisce un atto negoziale dispositivo e formale, la forma scritta infatti è richiesta ad substantiam, che deve essere posto in essere unicamente dal lavoratore, oltre che dall'associazione sindacale, cui quest'ultimo aderisce, grazie al potere di rappresentanza ex lege insito nell'art.6 della L. 604/1966, nonché da un rappresentante avente specifica procura scritta o anche da un terzo pur se privo di procura, purchè il suo operato venga in un secondo momento ratificato per iscritto dal lavoratore e comunicato al datore di lavoro entro il termine di decadenza di sessanta giorni<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> M. Tatarelli, Il licenziamento individuale e collettivo, Cedam, 2000.

<sup>243</sup> Cass. SS. UU. 2 marzo 1987, n. 2179.

La giurisprudenza si è imbattuta numerose volte in casi di impugnativa di licenziamento proposta dal difensore del lavoratore. È considerato necessario che l'atto che legittimi l'avvocato, ossia preventiva procura *ad litem* o successiva ratifica, sia portato a conoscenza del datore di lavoro e che la comunicazione abbia una data certa<sup>244</sup>. Sia quest'ultima sia ovviamente la connessa comunicazione dell'esistenza dell'atto sono elementi sufficienti e non è assolutamente indispensabile la consegna della copia dell'atto medesimo<sup>245</sup>.

Occupandoci invece delle modalità di impugnazione, il lavoratore può, oltre che per mezzo del ricorso giudiziale, impugnare il licenziamento adoperando il mezzo che reputa più adeguato, ad esempio il telegramma, salvo notare che vi è un utilizzo diffuso della lettera raccomandata. Soffermandoci sul telegramma, tale modalità è ammessa, tuttavia <<incombe a colui che assume esserne il mittente la dimostrazione dell'esistenza delle condizioni richieste dall'art. 2705 c.c. perché il documento abbia l'efficacia probatoria della scrittura privata, che dall'altra parte sia stata contestata, fornendo la prova dell'incarico a consegnare, o dell'avvenuta consegna e anche mediante presunzioni>><sup>246</sup>.

Un aspetto molto interessante da comprendere è se il termine di sessanta giorni debba intendersi rispettato con riferimento al momento in cui il lavoratore manifesta la volontà o con riferimento al momento in cui detto atto viene a conoscenza del datore di lavoro. Si ricordi che al fine del rispetto del secondo termine di centottanta giorni successivo all'impugnazione stragiudiziale, la norma espressamente considera sufficiente il deposito del ricorso giudiziale e non anche la notificazione del medesimo. La questione sopra sollevata investe l'istituto della decadenza in rapporto alla comunicazione degli atti recettizi, il quale costringe alla

---

<sup>244</sup> Cass. 7 ottobre 1999, n. 11178.

<sup>245</sup> Cass. 18 dicembre 2007, n. 26699.

<sup>246</sup> Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689.

corretta interpretazione del combinato disposto dell'art. 6 della L. 604/1966 e degli artt. 1334 e 1335 c.c. Il risultato di questo quesito ha un effetto pratico di estrema rilevanza in vista della tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro ed alla retribuzione, interesse che assume al rango costituzionale ex artt. 4 e 36 Cost. prese in considerazione le conseguenze che derivano dall'intempestiva impugnativa del licenziamento.

Una soluzione di grande civiltà è stata raggiunta solo con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 16 aprile 2010, n. 8830. Sull'impugnativa attuata attraverso la richiesta del tentativo di conciliazione, è stato appurato che tale richiesta sospendendo per la durata del tentativo di conciliazione e per venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di tutti i termini di decadenza <<rende irrilevante per il lavoratore il momento in cui l'ufficio provvede alla comunicazione al datore di lavoro, circostanza questa che non può essere a lui addebitabile in quanto estranea alla sua sfera di controllo>><sup>247</sup>.

Di opposto avviso è una differente parte della giurisprudenza<sup>248</sup> che sostiene che allo scopo di impedire il maturarsi della decadenza il dipendente, entro il termine di 60 giorni, è obbligato a depositare la richiesta del tentativo di conciliazione contenente l'impugnativa presso la Direzione provinciale del lavoro ed inoltre a far recapitare al datore di lavoro la comunicazione di convocazione da parte dell'ufficio del lavoro. Ma è sull'impugnazione a mezzo lettera raccomandata che si è concentrata maggiormente la giurisprudenza e su di essa verte il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza 8830/2010.

La dottrina aveva segnalato, nell'area della decadenza, la possibilità di attribuire rilevanza agli ostacoli non imputabili al soggetto onerato, pensando a rimedi, non solo de iure condendo, per le ipotesi in cui egli non

---

<sup>247</sup> Cass. 14 giugno 2006, n. 14087.

<sup>248</sup> Cass. 15 maggio 2006, n. 11116.

abbia potuto, senza colpa, esercitare un potere nell'imminenza della scadenza del termine. Facendo propria tale tendenza la giurisprudenza costituzionale ha enunciato il principio generale, basato sulla ragionevolezza e sul diritto di difesa (artt. 3 e 24 Cost.), secondo il quale il momento di perfezionamento della notifica per il soggetto onerato dalla comminatoria di decadenza deve distinguersi da quello di perfezionamento per il destinatario, a sua volta onerato da termini o da adempimenti.

Ad ogni modo, dalla sentenza 22287/2008 si evince la seguente massima: <<l'impugnazione del licenziamento individuale è tempestiva, ossia impedisce la decadenza di cui all'art. 6, L. n. 604 del 1966, qualora la lettera raccomandata sia, entro il termine di sessanta giorni ivi previsto, consegnata all'ufficio postale ed ancorché essa venga recapitata dopo la scadenza di quel termine>>.

Nella sentenza del 2010 n. 8830, le considerazioni principali che giustificano la decisione sono costituite dal rilievo che la complessiva regolamentazione della materia dei licenziamenti, con la prescrizione degli oneri di forma e dei termini di decadenza, persegue finalità di certezza dei rapporti tra le parti; inoltre la decadenza dal potere di impugnare il licenziamento è compensata per il lavoratore dalla libertà di scegliere le modalità con le quali comunicare per iscritto la sua volontà.

Possiamo aggiungere anche che la norma tutela l'interesse del datore di lavoro ad essere reso edotto dell'avvenuta impugnazione nel termine fissato ai fini dell'esercizio dei poteri organizzativi.

Gli effetti processuali collegati al mero deposito del ricorso sono indipendenti da quelli sostanziali. Il principio della scissione soggettiva del momento di perfezionamento della notificazione è ora sancito dall'art. 149 c.p.c., comma 3 introdotto dalla L. 28 dicembre 2005, n. 263.

Assume altresì rilievo la considerazione delle ripercussioni che l'inutile decorso del termine, di decadenza, produce sul diritto tutelato: sotto questo aspetto la decadenza costituisce l'effetto del mancato assorbimento, da

parte del soggetto titolare dell'interesse giuridicamente tutelato, dell'onere di avere un determinato comportamento, la cui effettiva esecuzione costituisce l'indice della concreta meritevolezza della tutela prevista in astratto dall'ordinamento, così che l'inerzia dell'avente diritto, protratta per l'intero periodo di tempo individuato *ex lege* inibisce la successiva attivazione della tutela giurisdizionale intimamente collegata alla titolarità del diritto medesimo, per contro, compimento dell'attività dell'interessato, rivolta a dare corso alla tutela prevista *in abstracto*, rappresenta adempimento dell'onere, cui gli effetti di tutela sono subordinati.

*La ratio* della disposizione che prevede il verificarsi di una decadenza si sostanzia nella opportunità di una verifica in ordine all'effettiva sussistenza di un interesse meritevole dell'attivazione della tutela ordinamentale, il quale è da considerarsi non effettivamente sussistente le volte in cui il titolare non ponga immediatamente in essere il comportamento di cui la norma lo onera. In generale si rinviene l'affermazione costante nella giurisprudenza della Corte di cassazione che le norme che dispongono decadenze debbono essere interpretate in senso favorevole al soggetto onerato, seguendo un principio enunciato esplicitamente anche con riferimento alla scadenza del termine e relazione alle ipotesi in cui la volontà di esercitare il diritto si manifesta mediante lettera raccomandata.

I principi appena ricostruiti e evidenziati con riferimento alla disciplina generale della decadenza scovano un riscontro e un'applicazione nell'ipotesi prevista dalla L. n. 604 del 1966, art. 6 laddove l'effetto impeditivo della decadenza si riconnette semplicemente alla formulazione di una dichiarazione impugnatoria e quindi la decadenza deve concepirsi come impedita nel momento in cui detta dichiarazione sia emessa dal soggetto legittimato e non nel successivo momento in cui il destinatario l'abbia ricevuta.

Non importa quindi che la comunicazione dell'impugnazione arrivi all'indirizzo del datore di lavoro: la natura recettizia dell'impugnazione,

come atto unilaterale destinato *in certam personam*, implica che gli effetti tipici di quell'atto, legati al tenore ed al contenuto della dichiarazione si realizzino nel momento in cui il destinatario abbia legale conoscenza dello stesso, tuttavia non produce l'irrelevanza del comportamento del dichiarante e degli effetti che ad esso si riconnettono con riguardo al periodo anteriore alla *receptio*.

Da quanto detto deriva che al momento della ricezione della dichiarazione si realizza l'effetto tipico della stessa consistente nella contestazione al datore di lavoro dell'illegittimità del recesso mentre il comportamento del lavoratore interessato idoneo a impedire la decadenza dal diritto di conseguire la pronuncia di annullamento del recesso datoriale viene a compiersi al tempo in cui la dichiarazione impugnatoria è emessa ossia esternata dal dichiarante e posta al di fuori della personale sfera di disponibilità di questo, in special modo una volta che sia avvenuta la consegna all'ufficiale postale della missiva raccomandata destinata ad essere recapitata al datore di lavoro.

Esiste una scissione tra il comportamento interruttivo della decadenza e il perfezionamento della fattispecie impugnatoria. E si concretizza sul piano cronologico quando l'emissione e la ricezione della dichiarazione impugnatoria abbiano luogo in momenti temporalmente distinti.

È sicuramente vero che l'imposizione al lavoratore del breve termine di decadenza entro cui l'impugnazione del licenziamento deve essere formulata esprime l'esigenza di contemperare il diritto del prestatore all'eliminazione delle conseguenze del legittimo recesso datoriale con l'interesse del datore alla continuità e stabilità della gestione dell'impresa. Tale esigenza è soddisfatta subordinando la tutela del lavoratore alla circostanza che lo stesso prontamente si attivi, sì che in assenza di iniziativa immediata del prestatore, il suo diritto alla legittimità degli atti datoriali di gestione recede a fronte della stabilizzazione delle conseguenze del licenziamento. Da cosa discende questa conseguenza? Sicuramente non dal

consolidarsi degli effetti del recesso illegittimo in ragione della tutela dell'affidamento del datore sul protrarsi dello stato di fatto che si origina dal licenziamento.

Deriva invece dall'esito negativo del vaglio di concreta meritevolezza dell'interesse del lavoratore, il quale non abbia adeguatamente dato impulso agli strumenti che l'ordinamento gli appresta allo scopo di impugnare e caducare un atto di gestione di impresa, quale licenziamento, che sia stato posto in essere in carenza dei relativi presupposti di legittimità.

Ai fini di valutazione di reale meritevolezza dell'interesse del dipendente rileva il solo fatto che questi si sia, nel rispetto dei tempi, attivato emettendo la dichiarazione impugnatoria, rimanendo all'uopo irrilevante nel momento in cui il datore abbia acquisito detta dichiarazione.

La funzione di tutela dell'affidamento datoriale è direttamente soddisfatta dall'ordinario assoggettamento del licenziamento illegittimo alla disciplina del negozio annullabile fatta salva l'ipotesi patologica di nullità o quella di inefficacia.

Troviamo anche la previsione di una pluralità di forme della dichiarazione che si pone come espressione del generale principio di libertà delle forme degli atti di autonomia privata e dall'altro lato, come indispensabile bilanciamento della brevità del termine decadenziale, che risulta congruo in misura in cui è fornita al lavoratore la facoltà di attivare la tutela del proprio interesse con il mezzo che risulti, ogni volta, come il più immediatamente fruibile.

In conclusione affermiamo che il parametro generale di ragionevolezza ed eguaglianza formale e sostanziale tra i soggetti coinvolti è stato rispettato. Si ritiene che il lavoratore possa disporre liberamente del diritto di impugnare il licenziamento potendone fare oggetto di rinunce o transazioni. Queste ultime possono essere effettuate solo in seguito al licenziamento.

Prima si configurerebbe come rinuncia ad un diritto futuro, in quanto tale nulla<sup>249</sup>.

Non è rilevante che l'impugnazione sia stata proposta o no.

L'atto abdicativo non è soggetto alla disciplina dell'art. 2113 c.c.. L'ultima norma come sappiamo reputa invalidi e impugnabili entro sei mesi dall'atto stesso o dalla cessazione del rapporto se successiva solo gli atti abdicativi di diritti scaturenti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo mentre l'interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto è indiscutibilmente disponibile, come si evince dalla possibilità di dimettersi in qualunque momento, salvo il preavviso, di cui lo stesso dispone, dalla ammissibilità di risoluzioni consensuali del contratto di lavoro e dalla facoltà di consolidamento degli effetti di un licenziamento illegittimo per l'assenza di una tempestiva impugnazione<sup>250</sup>. Quando si parla di atto abdicativo del diritto all'impugnazione del licenziamento non serve aspettare il decorso del termine prefissato dalla legge oppure seguire una delle procedure di cui agli artt. 185, 410 e 411, 412-ter, 412-quater c.p.c. ed 82, d.lgs. n. 276/2003.

La Suprema Corte ha precisato in relazione ad una fattispecie più ampia che, nel tema di rinuncia ad impugnare il licenziamento, o a rivendicare la persistenza di un rapporto lavorativo e dei relativi diritti e obblighi, affinché sia configurabile una legittima acquiescenza, necessitano: la disponibilità

---

<sup>249</sup> Cass. 8 novembre 2001, n. 13834, relativamente alla rinuncia all'incidenza dell'anzianità maturata ad una certa data del rapporto di lavoro sui diritti non ancora acquisiti; Cass. 7 marzo 2005, n. 4822, relativamente alla rinuncia al trattamento di fine rapporto effettuata da un socio lavoratore in assemblea.

<sup>250</sup> Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134; Cass. 24 marzo 2004, n. 5940; Cass. 26 maggio 2005 n. 11091, contenente in caso di rinuncia in appello all'impugnazione del licenziamento e agli effetti della sentenza di reintegrazione pronunciata in primo grado. I giudici per causa dell'estinzione del rapporto di lavoro provocata dal licenziamento la cui efficacia è stata sottolineata dalla rinuncia alla sua impugnazione, hanno pensato che il rapporto di lavoro fosse estinto dalla data del licenziamento, eliminando qualsiasi diritto alle retribuzioni nel periodo intercorso fino alla sentenza ed ogni obbligo contributivo.

del diritto non potendo rinunciarsi a quei diritti di cui non si può disporre; la totale ed esaustiva conoscenza dell'atto o degli atti lesivi della situazione giuridica soggettiva; un comportamento di adesione alle altrui determinazioni che non sia equivoco; la spontaneità.

Sempre dalla giurisprudenza viene ammesso che esiste la possibilità di una rinuncia o di una revoca dell'impugnazione del licenziamento tacita o mediante un comportamento concludente. Tuttavia la manifestazione di volontà, benché implicita deve risultare univoca in base ad un prudente apprezzamento di fatto posto in essere dal giudice del merito e censurabile esclusivamente sotto il profilo dell'insufficienza o della contraddittorietà delle motivazioni. Deduciamo che non vale come tacita rinuncia ai diritti derivanti dall'illegittimità del licenziamento la pura accettazione delle spettanze di fine rapporto, ancorché non accompagnata da nessuna riserva, non esistendo incompatibilità logica e giuridica tra l'accettazione di questo trattamento e la volontà di ottenere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento, allo scopo di raggiungere e conquistare ulteriore diritto alla riassunzione o al risarcimento del danno. Pure la quietanza a saldo o liberatoria sottoscritta dal dipendente a seguito della risoluzione del rapporto, accettando senza pretendere riserve, la liquidazione e le altre somme dovute, non comporta di per sé l'accettazione del recesso datoriale e la rinuncia a contestarlo.

I citati comportamenti possono ricoprire tale significato negoziale in presenza di altre circostanze precise, concordanti e concludenti, che palesino l'intento del lavoratore di accettare l'atto risolutivo, basandosi su un accurato accertamento da parte del giudice di merito.

Si è con tenacia escluso possa assumere un significato abdicativo la mancata messa a disposizione da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative, non sussistendo un tale onere a suo carico. Precisiamo altresì che la giurisprudenza considera che una rinuncia ad impugnare il recesso o un'acquiescenza non può desumersi né dall'eventuale lungo intervallo

temporale intercorrente tra l'intimazione del licenziamento e la sua impugnazione giudiziale, nemmeno dalla ricerca o dal reperimento di una nuova attività lavorativa, temporanea o definitiva, trattandosi di situazioni che di per sè non rivelano in maniera univoca, ancorché implicita, la sicura intenzione di assecondare l'atto risolutivo del rapporto.

Resta solo da sottolineare che esiste qualche incertezza in ordine alla facoltà di rinunciare all'impugnazione del licenziamento nel caso in cui l'atto dispositivo sia messo in atto da un soggetto per il quale la legge appresta garanzie e tutele specifiche in caso di dimissioni.

L'onere per il lavoratore di impugnare il licenziamento entro il termine perentorio previsto dall'art. 6, legge n. 604/1966 costituisce la regola <sup>251</sup>, applicabile alla generalità degli atti qualificabili come licenziamento, prescindendo dal tipo di licenziamento, collettivo o individuale, dal vizio che si intende porre in risalto (nullità, annullabilità, inefficacia), dalla tipologia di rapporto di lavoro, di lavoratore licenziato o di datore (privato o pubblico)<sup>252</sup> e dall'area di tutela in cui versa.

Trova applicazione il termine decadenziale ai licenziamenti per impossibilità sopravvenuta e per inidoneità fisica.

Per quel che concerne il superamento del comporto la questione è ancora aperta<sup>253</sup>. Spetta al dipendente provare l'avvenuta impugnazione nei termini previsti dalla legge: la data di ricezione della comunicazione del licenziamento dei motivi, l'idoneità dello strumento utilizzato ovvero la forma scritta, la sottoscrizione, la provenienza dall'autore e la datazione, nonché l'avvenuta comunicazione al datore di lavoro, come già ricordato. Se il datore di lavoro ammetta di aver ricevuto dal lavoratore l'impugnazione del licenziamento, l'onere di dimostrare che la lettera non

---

<sup>251</sup> Cass. 2 marzo 1999, n. 1757; Cass. 24 giugno 1997, n. 5611.

<sup>252</sup> Cass. 22 settembre 2005, n. 18621.

<sup>253</sup> In senso favorevole Cass. 1 settembre 2006, n. 18911. Contraria la recente Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861.

sia stata sottoscritta dal dipendente incombe proprio sul datore, giacché solo costui, in quanto possessore attuale della lettera, può fornire la prova della mancanza di sottoscrizione sull'originale<sup>254</sup>.

Riportiamo l'attenzione anche sul fatto che evitata la prima decadenza il prestatore di lavoro non può più attendere il decorso dell'ordinario termine prescrizione<sup>255</sup> ma a pena dell'inefficacia<sup>256</sup> dell'impugnazione stragiudiziale già effettuata, deve attivarsi entro duecentosettanta giorni: depositando un ricorso nella cancelleria del giudice del lavoro; promuovendo un tentativo di conciliazione o arbitrato e comunicato alla controparte nel termine prestabilito.

---

<sup>254</sup> Cass. 19 marzo 2004, n. 5563.

<sup>255</sup> Cass. 13 dicembre 2005, n. 27428; Cass. 24 febbraio 2003 n. 2787; Cass. 30 marzo 1998, n. 3337.

<sup>256</sup> Si parla di inefficacia con effetti sostanziali. Il lavoratore che vi incorra perde la possibilità di far valere in giudizio l'illegittimità del licenziamento. C.A. Nicolini, L'impugnazione giudiziale dei licenziamenti, in M. Cinelli – G. Ferraro, Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183, Giappichelli, Torino, 2011.

### 3.2 La forma del licenziamento

Solitamente affermiamo riguardo alla forma del licenziamento che l'imposizione dell'atto scritto è stata inserita dall'art. 2 legge n. 604/1966. Questa affermazione va per svariati aspetti precisata e rivista.

Non può non constatarsi che la forma del licenziamento riguarda tutte le tipologie di esso<sup>257</sup>: sia quelli individuali sia quelli collettivi, la cui disciplina è stata caratterizzata da vicende evolutive enormemente differenti fra loro anche per quanto concerne procedimento attuativo dei recessi del datore. Per quanto a noi interessa ossia il licenziamento individuale è utile riportare alla mente la distinzione tra recesso ordinario (*ad nutum*) e recesso straordinario (per giusta causa)<sup>258</sup>. La distinzione operata dal codice che ha caratterizzato fortemente la disciplina dei licenziamenti fino al 1966 ha origini lontane nel tempo, essendo stata disciplinata dalla legge sull'impiego privato (r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825 nel cui articolo 9 veniva regolata sia la disdetta *ad nutum* con preavviso sia la risoluzione imminente senza disdetta e senza preavviso “per mancanza così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto” (comma 3). Non sembra notarsi un collegamento tra la distinzione enunciata ed i vincoli formali e procedurali del recesso datoriale, atteso che nulla è stato previsto dal nostro legislatore sia nel 1924 sia nel 1942. Non è impossibile individuare per quanto interessa il recesso datoriale in tronco

---

<sup>257</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 24 marzo 2010, n. 7044. Tratta il fatto che la scrittura con la quale si è intimato il licenziamento può ritenersi valida anche quando non venga sottoscritta dal datore ma contenga nelle intestazioni ed in calce la denominazione dell'impresa e del suo titolare, sia trasmessa mediante raccomandata e immediatamente impugnata dal lavoratore con riferimento al contenuto.

<sup>258</sup> Sulla giusta causa si veda P. Tullini, Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa, Giuffrè, Milano, 1994; M. Napoli, La stabilità reale del rapporto di lavoro, F. Angeli, Milano, 1980; G. Zangari, Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato, Giuffrè, Milano, 1974. In tempi più recenti sono tornati sul tema C. Pisani, Licenziamenti e fiducia, Giuffrè, Milano, 2004 e M. V. Ballestrero, L'estinzione del rapporto di lavoro, nell'opera collettanea, I contratti di lavoro, a cura di A. Vallebona, Utet, Torino, 2009.

una serie di vincoli formali inseriti in gran parte dalla contrattazione collettiva anche prima della legge n. 604/1966 e della legge 300 del 1970. Appaiono manifesti i vincoli formali con riferimento al licenziamento disciplinare le cui origini risalgono al regime corporativo anche sotto l'aspetto normativo<sup>259</sup>. Successivamente all'entrata in vigore del codice civile del 1942, quindi prima della legge 1966, la tutela formale venne posta sotto il controllo della contrattazione collettiva nella quale si prevedeva oltre alla forma scritta per il licenziamento individuale pure l'indicazione di casi di giusta causa del recesso del datore. La forma del licenziamento è stata dunque convenzionale: non solo mediante la contrattazione collettiva ma anche a mezzo di accordi interconfederali inerenti al settore industriale<sup>260</sup>. L'accordo interconfederale del 1965 introdusse la regola della forma scritta del licenziamento con diritto del lavoratore ad avere le motivazioni del recesso. La disciplina di questo accordo, valido per le aziende occupanti sino a trentacinque dipendenti pose le basi per la legge emanata l'anno successivo, importante per la forma vincolata del licenziamento individuale. Infatti attraverso quest'ultima diventa essenziale requisito del recesso datoriale il principio della forma scritta la cui carenza

---

<sup>259</sup> La disposizione XIX della Carta del lavoro enucleava alcune regole in materia di sanzioni disciplinari prevedendo la necessità della specificazione per "i casi in cui l'imprenditore può infliggere la multa o la sospensione o il licenziamento immediato senza indennità". La disposizione è richiamata da L. Montuschi, Sub art. 7, in Commentario dello statuto dei lavoratori, G. Ghezzi - G. F. Mancini - L. Montuschi - U. Romagnoli, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna - Roma, 1972, ove si tratta ampiamente dell'influsso della Carta del lavoro a proposito del problema del licenziamento disciplinare a sostegno dell'applicabilità in toto dell'art. 7 al licenziamento. G. Veneto, Contrattazione e prassi nei rapporti di lavoro, Il Mulino, Bologna, 1974; M. D'Onghia, La forma vincolata nel diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>260</sup> Sui limiti convenzionali del potere di recesso del datore M. V. Gentili Vallestrero, I licenziamenti, F. Angeli, Milano, 1975 esamina i vari accordi interconfederali per l'industria sui licenziamenti individuali a partire da quello del 7 agosto 1947 sino all'ultimo del 29 aprile 1965. Importanti anche le redazioni di M. Grandi e G. Giugni nel volume collettaneo Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali, Giuffrè, Milano, 1967 nonché A. Aranguren, Autonomia e legge nella disciplina dei licenziamenti, Giuffrè, Milano, 1971.

provoca l'inefficacia del licenziamento. Non si trattò quindi di una novità di poco conto, nonostante il circoscritto ambito della normativa in quanto la previsione della forma scritta *ad essentialiam* rappresentava la prima espressione di tutela del lavoratore di fronte alla risoluzione del rapporto ad iniziativa del datore. Il vincolo di questa particolare forma causava nel datore una riflessione più approfondita in relazione al compimento di un atto avente solitamente effetti gravissimi per i destinatari<sup>261</sup>. Si voglia sostanzialmente schivare un brusco passaggio dal precedente regime ispirato alla libertà di recesso sia formale che sostanziale, inserendo un vincolo limitatamente alla forma esteriore dell'atto.

Esaminando alla lettera l'art. 2 nella sua primigenia versione del 1966 ci accorgiamo di quanto risente della previsione dell'art. 2 appunto dell'Accordo interconfederale del 1965 sui licenziamenti individuali. Cosa ha mutuato la regola legale da quella convenzionale? Il principio della forma scritta del licenziamento e del diritto del lavoratore alla motivazione. Ha aggiunto però dei termini per la richiesta della motivazione e per la risposta del datore. Ha previsto la sanzione dell'inefficacia in ipotesi di violazione dei vincoli formali.

Naturalmente quaestio e querelle di varia natura si nutrono del precetto da noi analizzato.

In primis, assume rilievo l'imposizione della forma scritta dell'atto ma non della contestuale motivazione<sup>262</sup>. Prima *facie* si avallò la tesi, con lo scopo della validità del recesso, dell'irrilevanza dei motivi, avente come risultante il mantenimento del recesso *ad nutum* con il solo vincolo della forma scritta. Ciò non poteva essere ad ogni modo accettato da coloro i quali

---

<sup>261</sup> Di tale avviso G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980: "è evidente che questi oneri di forma di per sé inducono il datore a riflettere, specie nello sforzo di ipotizzare una motivazione possibile della quale si debba discutere innanzi al giudice e a deliberare solo quanto ha la convinzione che la giustificazione del recesso possa reggere.

<sup>262</sup> Bisogna richiamare la relazione alla legge dell'on. Cacciatore, molto critica sul punto, riportata in D. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Utet, Torino, 1966.

erano accaniti sostenitori della teoria per la quale il potere di recesso non fosse da considerare senza limiti<sup>263</sup>. Anche questa posizione fu da alcuni considerata in contrasto con il diritto positivo. Al contrario, a nulla importava ed importava il requisito della forma scritta del licenziamento, con motivazione o non, nell'ipotesi di motivo illecito o di nullità del recesso per ragioni discriminatorie (art. 4, legge n. 604/1966 ed attualmente il comma 1 dell'art. 18 statuto dei lavoratori, come novellato dalla legge 92/2012). In tali fattispecie, l'invalidità, sub specie di nullità, del recesso è genetica ed è quindi posizionata su di un piano differente rispetto a quello formale. La legge del 1966, nonostante quanto già esplicito, non si contraddistingueva solamente per la limitatezza dell'innovazione sotto il profilo formale dell'atto di recesso del datore: venne messo in luce anche l'ambito di applicazione della disciplina legale con le ben chiare esclusioni di carattere soggettivo, per quanto concerne sia i lavoratori che i datori di lavoro. Prendendo in considerazione i limiti quantitativi di applicazione della normativa, l'innovazione della forma scritta del licenziamento non intaccò la posizione della maggioranza dei lavoratori, quelli alle dipendenze dei datori di lavoro con meno di 36 dipendenti.

Deduciamo che l'inserimento della forma scritta di licenziamento apportò un'importante innovazione in termini di tutela. Nella pratica si rivelò essere un circoscritto cambiamento. Tange infatti blandamente il datore di lavoro, obbligato soltanto ad un vincolo formale attinente all'esteriorità dell'atto

---

<sup>263</sup> Per quanto tratta del periodo ante 1966 e della configurazione dei limiti al recesso datoriale, in relazione ai precetti costituzionali di cui agli artt. 4 e 41, comma 2, G. Giugni, Verso il tramonto del recesso ad nutum. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria, in Riv. dir. lav., 1953; U. Natoli, Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore, in Riv. giur. lav., 1954. Per il periodo post 1966, sulla base della concezione causale del licenziamento, A. Cessari, Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali, in Riv. dir. lav., 1979; L. Galantino, Verso una disciplina unitaria del recesso del datore di lavoro, in Dir. lav., 1990.

ma non alla ragione<sup>264</sup>. Peraltro il licenziamento venne guardato dal profilo formale e si accomunò il recesso per motivi soggettivi e quello per motivi oggettivi nella disciplina. In più vi è da dire che il legislatore del 1966 non si occupò del licenziamento disciplinare, chiave di volta per la regolazione formale del licenziamento, contraddistinto da vincoli procedurali e formali. Nel disciplinare la forma del licenziamento, sempre nel 1966, si stabilirono gli effetti della violazione dei vincoli formali sancendo l'inefficacia del licenziamento al terzo comma dell'art. 2, risultante anche dalla legge n. 108/1990.

Come sappiamo le regole formali e procedurali sono state, in modo penetrante, modificate dalla c.d. legge Fornero, ovvero la n. 92/2012. Soffermandoci sulla trattazione della forma, la novità degna di nota riguarda la contestualità dei motivi del licenziamento, in questo momento necessaria secondo quanto prescritto dal comma 2 dell'art. 2, legge 604/1966: "la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato". Questo finalmente rimuove l'anomalia della facoltà del datore di intimare un licenziamento scritto immotivato, motivabile solamente a richiesta del prestatore di lavoro. La facoltà pocanzi ricordata aveva probabilmente una ragion d'essere nel 1966. Era molto opinabile nel 1990. Nel 2012 quindi il legislatore ha opportunamente provveduto ad espellere dal nostro sistema una stortura. Va aggiunto, in realtà, che la sfera di applicazione del recesso scritto ma

---

<sup>264</sup> L'art. 2, legge n. 604/1966 prevedeva l'obbligo, a carico del datore di lavoro, della comunicazione dei motivi posti a fondamento del licenziamento, unicamente nelle ipotesi di specifica richiesta del lavoratore, essendo possibile, perciò, per il datore, recedere validamente dal contratto rispettando il solo vincolo della forma scritta. Secondo alcuni autori, come ad esempio D. Napoletano, la norma che permette al datore di lavoro di motivare il licenziamento solo dopo la sua intimazione si risolve a danno della classe che con la legge in esame si è desiderato ed auspicato tutelare. Si arriva a questa conclusione dal momento che il datore di lavoro ha materialmente la possibilità di mutare i motivi che lo avevano portato a licenziare il lavoratore, ed ha anche l'occasione per aggiungere ulteriori motivazioni a quelle che avrebbe comunicato al dipendente qualora la motivazione appunto fosse stata contestuale.

immotivato era circoscritta al solo licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il licenziamento disciplinare infatti era obbligatoriamente preceduto dalla contestazione degli addebiti e di conseguenza dall'indicazione dei motivi di licenziamento, laddove messo in atto. Bisogna fin da subito anticipare che la modifica legislativa dello scorso anno abbraccia tutti i dipendenti sia quelli protetti dalla tutela forte che quelli garantiti dalla tutela debole, fatta eccezione per i prestatori di lavoro ai quali non si applica la legge n. 604/1966, come mutata per opera della legge n. 108/1990 (art. 4, comma 1, legge n. 108/1990 sull'area di non applicazione). Giova esplicitare che non vi è necessità della motivazione nel licenziamento del dirigente, bastando il rispetto della forma scritta, atteso che la modifica non ha toccato l'ultimo comma dell'art. 2 della suddetta legge del 1990. Pure questa disposizione legislativa, in questo contesto fortunatamente, ha scarsa rilevanza pratica, visto che i più significativi contratti collettivi dei dirigenti contengono tra le loro previsioni la contestualità della motivazione del licenziamento. Abbiamo altrove trattato le modalità con cui la legge n. 92/2012 è intervenuta sugli aspetti procedurali e formali del licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed in particolare i commi 40 e 41 dell'art. 1<sup>265</sup>.

Parzialmente connesso con i profili formali del licenziamento è il tema del comportamento del prestatore di lavoro che rimanga assente dal lavoro per lungo lasso di tempo senza comunicare più notizie di sé e che, al contempo si renda irreperibile. Qui sembra chiaro che l'atteggiamento del lavoratore rileva sotto il profilo disciplinare. Ci si domanda se lo stesso possa allo stesso tempo essere influente ai fini della valutazione circa la sussistenza del rapporto. Ed in termini generali quindi la questione è se, in tema di

---

<sup>265</sup> D. Borghesi, Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero, in *Lav. giur.*, n. 10/2012; A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012; C. Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in *Arg. dir. lav.*, 2012.

estinzione del rapporto di lavoro, il requisito formale sia indispensabile e se la forma prevalga sempre sulla sostanza. Laddove dessimo rilievo solamente al profilo disciplinare dovremmo ritenere che il rapporto di lavoro resti in vita anche nelle situazioni di assenza prolungata per un lungo lasso temporale qualora il datore di lavoro non eserciti il suo potere disciplinare<sup>266</sup>. La prolungata assenza dal lavoro, accompagnata spesso dall'irreperibilità, può qualificare e profilare un comportamento concludente ai fini della risoluzione del contratto di lavoro. Chi è di diverso avviso tiene in vita un rapporto di lavoro per lungo tempo con l'assurda ed antieconomica conseguenza per cui il lavoratore, non licenziato disciplinarmente (magari a causa della sua irreperibilità) potrebbe pretendere dopo mesi od addirittura anni di tornare al lavoro e ripristinare il rapporto. Continuando a focalizzare la nostra attenzione sull'evoluzione della forma e dei vincoli procedurali del licenziamento individuale, riscontriamo essere particolarmente interessante l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970). All'interno di questa conosciuta e fondamentale norma non è tuttavia presente alcun riferimento letterale al licenziamento. Addirittura una parte della dottrina si rifiutò di affermare l'applicabilità della citata disposizione ai licenziamenti, convinta e persuasa che essa fosse diretta a regolare solo le sanzioni disciplinari c.d. conservative<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> Cass. 6 ottobre 2005, n. 19418, secondo la quale l'assenza del dipendente ingiustificata e protratta per un certo periodo di tempo può costituire causa legittima di scioglimento del rapporto di lavoro solo sotto il profilo disciplinare: quindi il licenziamento deve essere intimato nel rispetto delle garanzie procedurali di cui ai primi 3 commi dell'art. 7, legge n. 300/1970; Cass. 11 febbraio 2008, n. 3226.

<sup>267</sup>Fautore della tesi dell'inapplicabilità totale dell'art. 7 ai licenziamenti fu G. Zangari, *Potere disciplinare e licenziamento*, Giuffrè, Milano, 1971. Tuttavia la tesi, all'epoca, non fu isolata: negli anni '70, l'inapplicabilità dell'art. 7 al licenziamento era opinione abbastanza diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza. F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1973; C. Assanti, *Studio sull'art. 7 della l. 20 maggio 1970 n. 300*, in *Orient. giur. lav.*, 1971.

L'evoluzione giurisprudenziale portò all'applicazione parziale dell'art. 7 dello statuto ai licenziamenti disciplinari e quindi alla procedimentalizzazione del licenziamento, sottoposta a precisi vincoli formali, in assenza dei quali il licenziamento era invalido. La querelle sull'applicabilità in tutto o in parte venne oltrepassata dagli interventi della Consulta che, con due rinomate sentenze<sup>268</sup>, pose fine alle discussioni imponendo la c.d. tesi intermedia da tempo sostenuta dalla giurisprudenza<sup>269</sup>. A noi serve rilevare la distinzione in ordine alla forma tra i licenziamenti disciplinari ed i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. Ed è una *distintio* che incide sulla generalità dei licenziamenti, non contando affatto le dimensioni occupazionali del datore di lavoro. Anche i datori di lavoro vincolati dalla c.d. "tutela debole" sono infatti tenuti al rispetto delle garanzie procedimentali.

Oltre all'art. 7 è doveroso interessarsi anche al 18 dello statuto dei lavoratori. Nel suo primo comma era richiamata l'inefficacia del licenziamento, il cui accertamento attivava la tutela reintegratoria e risarcitoria<sup>270</sup>. Si equiparò innanzitutto, rispetto agli effetti, l'inefficacia alla

---

<sup>268</sup> Corte cost. 30 novembre 1982, n. 427 e Corte cost. 18 luglio 1989, n. 429.

<sup>269</sup> L'elaborazione giurisprudenziale e dottrina è stata ampia. Rilevante una rassegna di M. D'Onghia, Il licenziamento disciplinare, in M. Miscione, Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti, Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Torino, 1998.

<sup>270</sup> Proprio il comma 1 dell'art. 18, legge n. 300/1970 prescriveva l'inefficacia del licenziamento per la violazione di quanto disposto dall'art. 2, legge n. 604/1966. Va notato come, tra i tre commentari allo Statuto più importanti usciti negli anni '70, l'attenzione era stata rivolta alla previsione specifica della nullità, dell'inefficacia e dell'annullamento del recesso che modificò per le situazioni di illegittimità del licenziamento la disciplina della legge n. 604/1966. L'attenzione era riposta anche sulla parificazione degli effetti dell'accertamento dei licenziamenti invalidi ed inefficaci. G. F. Mancini, Commento all'art. 18, in G. Ghezzi – G. F. Mancini – L. Montuschi – U. Romagnoli, Statuto dei diritti dei Lavoratori, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna – Roma, 1972; P. Sandulli, Commento all'art. 18, in Commentario dello Statuto dei lavoratori, a cura di U. Prosperetti, Giuffrè, Milano, 1975; M. G. Garofalo, Commento all'art. 18, in Lo statuto dei

nullità ed all'annullamento del licenziamento. Tale equiparazione causò non poche perplessità<sup>271</sup>. Sicuramente il dato più significativo, enucleabile dal comma 1 dell'art. 18, fu la conferma delle disposizioni formali riguardanti il licenziamento, previste dal legislatore del 1966. Il silenzio circa il licenziamento disciplinare venne interrotto dalla legge n. 108/1990. Introdotto negli anni '80 il principio della procedimentalizzazione del licenziamento per motivi soggettivi il legislatore si interessò della forma del recesso con la appena ricordata legge del 1990. Questa apportò qualche significativa innovazione rispetto all'ambito di applicazione dei vincoli formali essendo stato esteso l'onere della forma scritta del licenziamento a tutti i dipendenti, anche ai dirigenti.

I soli esclusi espressamente dall'art. 4, legge n. 108/1990 furono i lavoratori domestici<sup>272</sup>. Si arrivò dunque faticosamente ad una tutela formale generalizzata. Però all'uniformità della tutela formale non corrisponde una generalizzata ed identica tutela sostanziale, dal momento che nel 1990 si ribadì il dualismo formato da tutela forte e tutela debole, nonostante sia stato effettuato a favore di quest'ultima un allargamento. Apprestandoci invece all'analisi del licenziamento disciplinare, la legge Fornero ha preso di mira e mutato sia la forma sia gli effetti del licenziamento intimato in violazione delle regole procedimentali dell'art. 18

---

lavoratori, Commentario a cura di G. Giugni, Giuffrè, Milano, 1979, il quale discerneva tra licenziamento nullo ed annullabile, facendo rientrare l'inefficacia nella nullità.

<sup>271</sup> Apporta osservazioni su questo punto P. Sandulli, Commento all'art. 18, in Commentario dello Statuto dei lavoratori, Giuffrè, Milano, 1975.

<sup>272</sup> L'art. 4, comma 1, legge n. 108/1990 non include nel proprio ambito di applicazione "i rapporti di lavoro disciplinati dalla legge 2 aprile 1958 n. 339". La disposizione è stata interpretata nel senso dell'esclusione dalla disciplina limitativa dei licenziamenti di tutti i rapporti di lavoro domestico. Non soltanto di quelli regolati dalla legge n. 339/1958, riferentisi ai rapporti con durata minima di 4 ore giornaliere. A questo proposito vi è una puntuale disamina di M. De Luca, La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo, Giuffrè, Milano, 1991; F. Basenghi, Il lavoro domestico, in Commentario Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000.

statuto dei lavoratori<sup>273</sup>. Qual è dunque l'incipit del novellato art. 7, legge n. 604/1966? A seguito dell'introduzione nell'ordinamento del comma 40, legge n. 92/2012, ora recita: "Ferma l'applicabilità, per il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970 n. 300". Cosa se ne deduce? L'intento del legislatore del 2012 di riconfermare l'applicazione generalizzata dell'art. 7 stesso a tutti i licenziamenti intimati per motivi soggettivi, di natura disciplinare, inclusi quelli posti in essere dai datori di lavoro non soggetti all'applicazione dell'art. 18 statuto dei lavoratori. Il 7 a cui oramai ci riferiamo compare nel comma 6 del novellato art. 18 (comma 42 della legge Fornero) ove sono regolate ex novo le conseguenze della declaratoria giudiziale di inefficacia, che si presenta pure per non adeguato svolgimento "della procedura di cui all'art. 7 della presente legge".

Il licenziamento, negozio unilaterale recettizio, deve assolutamente possedere determinati caratteri in aggiunta alla forma scritta *ad essentialiam*. Deve essere intanto un atto proveniente dal datore di lavoro o a lui attribuibile. La paternità di questo atto scritto necessita della sottoscrizione da parte del datore di lavoro, non potendosi ammettere forme alternative di attribuzione al soggetto autore del licenziamento<sup>274</sup>.

Per quanto interessa la riferibilità e l'attribuzione dell'atto la firma digitale è equivalente alla sottoscrizione autografa dell'atto. Alla stessa maniera,

---

<sup>273</sup> A. Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>274</sup> Sorprendentemente la giurisprudenza si è espressa in modo molto restrittivo in materia. È stata da lungo tempo esclusa la legittimità del licenziamento comunicato attraverso l'affissione in bacheca dalla Cass. 29 aprile 1977, n. 1654, in Mass. giur. lav., 1978. In questa circostanza si affermò il bisogno di un licenziamento che consista in un atto scritto che provenga dal datore e che provenga, termine che corte ripete, personalmente al lavoratore. Il tutto non può accadere attraverso la affissione in bacheca che "non vale" a dare certezza che esso pervenga a conoscenza del lavoratore e non fissa il momento di tale conoscenza. Anche D. Garofalo, Licenziamento e forma, in M. Miscione, Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti, Commentario diretto da F. Carinci, vol. III, Utet, Torino, 1998. Più di recente Cass. 18 agosto 2007, n. 17652.

parlando di trasmissione e ricezione dell'atto, la posta elettronica va equiparata alla posta tradizionale.

A proposito del soggetto legittimato a mettere in pratica l'atto di recesso è nato qualche problema in relazione alla ratifica del licenziamento intimato da soggetto non munito del relativo potere. È stata avallata la possibilità della ratifica, con effetto retroattivo, del licenziamento intimato dal *falsus procurator* a mezzo della costituzione in giudizio per resistere all'impugnativa del lavoratore che deduca il difetto di rappresentanza<sup>275</sup>. D'altra parte non può nemmeno negarsi l'effetto retroattivo della ratifica visto che il lavoratore licenziato non può essere considerato "terzo" ai sensi del comma 2 dell'art. 1399 c.c. Va esclusa la ratifica per fatti concludenti. Per la revoca del licenziamento invece non è indispensabile ed imprescindibile la forma scritta essendo ammissibile l'accettazione tacita della stessa<sup>276</sup>. Soluzione accolta senza alcun dubbio, non essendo la revoca del licenziamento atto equiparabile al recesso in ossequio "all'autonomia negoziale, di cui la libertà di forma costituisce, in mancanza di diversa prescrizione legale, significativa espressione"<sup>277</sup>. Consono a questa impostazione sembra essere il disposto del comma 10 dell'art. 18, legge n. 300/1970 novellato, ove si prevede l'ipotesi della revoca del licenziamento entro 15 giorni dall'impugnativa da parte del lavoratore<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> In tal senso si è espressa la Suprema Corte: "La ratifica deve essere data nelle stesse forme stabilite per l'atto concluso da chi non aveva il potere necessario per compierlo" (Cass. 17 maggio 1999, n. 4794) ed inoltre: "La ratifica del dominus, prevista dall'art. 1399, primo comma, è una dichiarazione di volontà unilaterale, che deve osservare la forma prescritta per il contratto concluso dal *falsus procurator*, ed ha carattere recettizio; per produrre effetto deve essere notificata o almeno comunicata all'altro contraente" (Cass. 13 gennaio 1997, n. 249).

<sup>276</sup> In dottrina si veda E. Gagnoli, *Rinnovazione e revoca del licenziamento*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, I, Cacucci, Bari, 2008.

<sup>277</sup> Cass. n. 10623/2004.

<sup>278</sup> Nel caso di revoca del licenziamento entro il sopra menzionato termine, si prevede il ripristino del rapporto di lavoro con "diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo". A

Transitando all'analisi del contenuto dell'atto di licenziamento, individuiamo nella volontà di recesso il primo requisito indispensabile. La volontà come si può immaginare va esternata in modo espresso ed inequivoco. Come abbiamo appreso altrove, il contenuto si diversifica a seconda che il licenziamento venga intimato per motivi soggettivi oppure oggettivi<sup>279</sup>. Per gli ultimi menzionati si presenta una difformità di disciplina a seconda delle dimensioni occupazionali del datore di lavoro. Solo per quegli imprenditori soggetti alla disciplina del novellato art. 18 statuto dei lavoratori è obbligatoria la previa procedura del tentativo di conciliazione. Alla fine del fallito tentativo di conciliazione, il contenuto dell'atto di licenziamento dovrà rispecchiare le motivazioni contenute nell'invito al lavoratore a partecipare alla procedura conciliativa.

Dal 2012 le ipotesi di carenza di motivazione o di specificità della stessa vengono sanzionate con l'inefficacia del licenziamento. La questione della specificità della motivazione riveste estrema importanza alla luce delle novità introdotte in materia dalla legge n. 92/2012. Tra le altre, spicca l'inefficacia del licenziamento nel caso di carenza di motivazione o di mancanza di specificità della stessa e le conseguenze sono solo economiche (indennità da 6 a 12 mensilità)<sup>280</sup>. Sono certamente conseguenze meno gravose poi rispetto a quelle relative all'accertamento giudiziale dell'insussistenza della giusta causa e del giustificato motivo. Questo apre la strada ad una serie di questioni focalizzate sui rapporti tra forma e sostanza.

---

molti sembra che l'innovativa disposizione sia il frutto di condivisibili ragioni di equità, non sembrando giusto punire, come avveniva nel previgente art. 18, il datore di lavoro in ogni caso con la misura minima risarcitoria di 5 mensilità di retribuzione. I. Corso, La revoca del licenziamento, in *Lav. giur.*, n. 10/2012.

<sup>279</sup> Per tale impostazione abbiamo F. Carinci – R. De Luca Tamajo – P. Tosi – T. Treu, *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2003.

<sup>280</sup> V. Speciale, La riforma del licenziamento individuale, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, il quale mette in risalto che la nuova disciplina “svaluta in modo determinante il principio del contraddittorio e quelli di conoscibilità ed immutabilità del licenziamento”.

Svalutare la forma rispetto alla sostanza se, in un certo senso, può essere positivo, nell'altro, potrebbe provocare conseguenze paradossali nella circostanza in cui il datore di lavoro, il quale effettui un licenziamento ch'egli sappia del tutto privo di giusta causa o di giustificato motivo, appositamente decida di non motivare il licenziamento o fornire una motivazione assolutamente generica ovvero di non rispettare la procedura stabilita per il licenziamento disciplinare. In questo contesto la sanzione dovrebbe essere limitata a quella indennitaria "minore". Per parte della dottrina il comma 6 dell'art. 18 statuto dei lavoratori novellato troverebbe applicazione per tutti i vizi formali e procedurali. Altri prendono in esame i differenti vizi con soluzioni variegata che non sono sempre in linea con il dettato normativo. Il lavoratore, nonostante si veda accordate minori tutele formali per vizi formali, può domandare al giudice una pronuncia sulla sostanza. Più efficacemente e con maggiore frequenza si proporranno domande legate sia alla forma che alla sostanza. Quindi avremo dilemmi connessi ai rapporti tra domande principali e subordinate, alle allegazioni delle parti ed alla ripartizione degli oneri probatori.

Qualora si propongano più domande, le domande principali riguarderanno il merito e verranno graduate a seconda della tutela desiderata: la predominante volta all'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento con la tutela forte, prevista dai commi 1 e 2 dell'art. 18, in subordinate, la tutela ancora meno forte, solo indennitaria prevista dal comma 6. Il dipendente dovrà allegare solo il fatto e le circostanze del licenziamento, i vizi formali che risulteranno per tabulas e non avrà oneri probatori, a meno che non venga richiesto l'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento o dell'illiceità del motivo<sup>281</sup>. Al datore di lavoro spetterà provare sia la legittimità del licenziamento dal punto di vista formale e procedimentale sia la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo. Abbiamo già avuto modo di trattare inoltre la

---

<sup>281</sup> S. Magrini, *Quer pasticciaccio brutto* (dell'art. 18), in *Arg. dir. lav.*, 2012.

motivazione scritta e la sappiamo non essere prevista per ogni recesso. Possiamo ad esempio ricordare il fatto che siccome l'accertamento della responsabilità consegue ad un insieme di vincoli formali e procedurali la posizione del dirigente pubblico è di gran lunga migliore, dal punto di vista della tutela preventiva, rispetto al dirigente privato<sup>282</sup>. La motivazione necessita del carattere dell'immutabilità<sup>283</sup>. L'immodificabilità deve riferirsi soltanto ai fatti.

Giova ripetere che il licenziamento individuale è negozio giuridico richiedente, *ad substantiam*, la forma scritta ai sensi dell'art. 2, legge 604/1966.

L'assenza della forma perciò dovrebbe portare alla nullità dell'atto datoriale.

L'art. 2 prevede, al contrario, l'inefficacia del recesso. Appena uscì la legge fu ipotizzata da alcuni commentatori la non appropriatezza del termine inefficacia e di riflesso l'inserimento nella categoria delle nullità. Tutto questo venne ribadito nel 1990<sup>284</sup>. Ancora una volta nel riscritto art. 18 dello statuto è stata adoperata la parola inefficacia prevedendo l'ipotesi "in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito della motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966 n. 604, della procedura di cui all'art. 7 della presente legge, o della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604".

---

<sup>282</sup> M. Lanotte, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Giappichelli, Torino, 2003; A. Boscari, *Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei garanti*, in *Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. Carinci*, vol. V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci – L. Zoppoli, Utet, Torino, 2004.

<sup>283</sup> M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, F. Angeli, Milano, 1991.

<sup>284</sup> A. Proto Pisani, *I profili processuali della nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in M. De Cristofaro, *I licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1991; M. G. Ziliotti, *Articolo 2*, in L. Galantino, *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 1993. G. De Simone, *Commento all'art. 2*, in O. Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992. M. V. Ballestrero, *L'estinzione del rapporto*, in *I contratti di lavoro*, a cura di A. Vallebona, II, in *Il trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, Utet, Torino, 2009.

La legge Fornero sanziona ogni vizio formale e procedimentale del licenziamento con l'inefficacia. Anzitutto va osservato che la novella del 2012 ha, con decisione separata, quanto alle conseguenze dell'accertamento dei vizi formali, la mancanza della forma scritta da tutti gli altri vizi procedurali e formali.

Il solo licenziamento orale è stato ritenuto inesistente, nullo, inefficace ed ingiustificato. Il legislatore recente ha previsto espressamente la sanzione dell'inefficacia per il licenziamento orale. Si è concessa a tutti i lavoratori la tutela più forte, non tenendo conto del numero dei dipendenti occupati dal datore. E cosa ne è stato degli altri vizi formali e procedurali? Sono sanzionati esclusivamente con l'attribuzione di un'indennità risarcitoria. Va detto che la disciplina trova applicazione a datori aventi precipue dimensioni occupazionali, come si evince dal comma 8 dell'art. 18 della legge n. 300.

Precedentemente vi era un nodo irrisolto che riguardava l'ambito della tutela obbligatoria nella quale il punto debole era costituito dalla lacuna di regolazione degli effetti dell'accertamento dei vizi procedurali. Per tentare di colmare tale lacuna si contrapponevano due punti di vista: uno faceva leva sui principi del diritto privato. L'altro era sicuro di reperire una soluzione all'interno della norma sui licenziamenti individuali. Secondo la prima concezione i vizi procedurali avrebbero condotto alla nullità, a parere della seconda invece all'illegittimità. L'ultima concezione esposta, come gran parte del nostro diritto, si basava e radicava su una considerazione di "buon senso" per la quale le conseguenze di un vizio procedimentale non avrebbero potuto essere più gravi di quelle di un vizio sostanziale. La tesi era ispirata indubbiamente da un'esigenza di giustizia equitativa. Confermata ed appurata la lacuna legislativa, non ci sono ragioni o motivi che ostacolino l'applicazione analogica di cui al comma 6 dell'art. 18 statuto dei lavoratori ad ogni rapporto lavorativo. Si potrebbe far

riferimento comunque alla disciplina dei licenziamenti ex art. 8, legge n. 604/1966.

Infine è ammissibile la rinnovazione di un licenziamento viziato nella forma.

Gli effetti del recesso rinnovato decorrono ex nunc, però. La ora pronunciata rinnovazione ha ragione d'essere solamente nei rapporti assistiti dalla tutela reale. Il datore attualmente sarà meno invogliato a rinnovare il licenziamento sapendo che la sanzione, in caso di vizi procedurali e formali, sarebbe economica.

Per il licenziamento carente della forma scritta non può operare la conversione.

## CAPITOLO IV

### LICENZIAMENTI DISCRIMINATORI

#### 4.1 Nullità

I vizi tipici da cui può essere colpito un negozio giuridico sono inefficacia, nullità oppure l'annullabilità. Il negozio inefficace non è idoneo, per qualsiasi motivo a mettere in atto gli effetti che gli sarebbero propri. Per quanto concerne il licenziamento, inefficacia è espressamente disciplinata dall'art. 2, legge n. 604/1966; questa norma indica che il vizio sussiste quando il datore di lavoro comunica il licenziamento in forma orale ovvero quando, all'interno della lettera di licenziamento, dimentica di specificare i motivi del recesso. Il negozio affetto invece da nullità è inidoneo a produrre gli effetti che gli spetterebbero (art. 1418 c.c.); il negozio nullo è affetto da una carenza strutturale, o risulta privo di un elemento costitutivo o del requisito legale di efficacia, o ancora è nullo per illiceità della causa o dei motivi (art. 1345 c.c.); o infine, per avversità rispetto alle norme imperative. Altre fattispecie di nullità sono sanzionate dalla stessa legge. Il vizio di cui si tratta è insanabile, e quindi il negozio nullo non potrà essere né convalidato né ratificato né confermato, esclusi i casi in cui la legge consenta e permetta la convalida (artt. 590 e 799 c.c.). L'azione di nullità ha natura meramente dichiarativa o di accertamento, poiché non mira a mutare la situazione giuridica esistente ma semplicemente ad accertarla; può essere promossa da chiunque ne abbia interesse e, visto che opera di diritto, è rilevabile d'ufficio, senza bisogno della domanda di parte, in ogni stato e grado del giudizio. È imprescrittibile, ex art. 1422 c.c., a differenza dell'azione di annullamento che è soggetta a termine di prescrizione. Tornando all'analisi dei licenziamenti, la sanzione della nullità si applica

nelle situazioni in cui il recesso è intimato per un motivo di carattere discriminatorio.

Le motivazioni che permettono di identificare e qualificare un licenziamento come discriminatorio sono diverse; fanno parte di questa nozione tutti gli atti di recesso derivanti da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dallo svolgimento di attività sindacale, non esclusa la partecipazione ad uno sciopero. In aggiunta a queste fattispecie la legge n. 92/2012 ha ricondotto allo stesso regime di nullità (applicabile anche ai dirigenti) i licenziamenti intimati in concomitanza con il matrimonio (art. 35, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198), oppure in violazione dei divieti di licenziamento durante la gravidanza o nel primo anno di età del figlio (art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151), e i recessi causati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c..

La terza sanzione caratteristica del negozio giuridico è l'annullabilità; questo tipo di negozio produce provvisoriamente i suoi effetti ed essi divengono definitivi qualora non sia stata presentata un'impugnativa nel rispetto dei termini legali. L'azione di annullamento ha carattere costitutivo, in quanto è rivolta a modificare e quindi ad incidere sulla realtà preesistente, eliminando l'efficacia temporanea del contratto. La parte legittimata a proporla può tuttavia confermare il contratto impugnabile attraverso uno specifico negozio, ossia la convalida, espressa o tacita. Per quanto a noi interessa ovvero per i recessi datoriali, la sanzione si applica a recesso intimato senza giusta causa o giustificato motivo, secondo gli articoli 1 e 3, legge n. 604/1966.

Come abbiamo descritto nel paragrafo precedente il licenziamento deve necessariamente essere comunicato in forma scritta così da permettere al dipendente di effettuare un controllo di carattere sostanziale e formale riguardo al completo rispetto delle norme che consentono al datore di lavoro di recedere dal rapporto lavorativo anticipatamente. Nel caso in cui

si assista ad un licenziamento comunicato in forma orale la legge provvede a qualificarlo come atto inefficace. Quali sono le conseguenze di questo vizio? Differiscono in relazione al diverso regime di tutela applicabile verso il datore di lavoro.

Laddove l'organizzazione datoriale abbia un numero di prestatori capace di determinare l'applicazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori, il dipendente destinatario del licenziamento orale potrà richiedere l'applicazione del regime sanzionatorio più grave (reintegrazione sul posto di lavoro e risarcimento del danno). Il nuovo comma 1 dell'art. 18 evidenzia che il regime sanzionatorio applicabile al licenziamento discriminatorio si estende anche al licenziamento dichiarato inefficace poiché intimato in forma orale.

Non così scontato è il funzionamento dell'inefficacia nel caso in cui il licenziamento orale sia comminato da un datore di lavoro la cui organizzazione non oltrepassa i limiti dimensionali previsti dall'art. 18.

La giurisprudenza ha sostenuto ed elaborato due tesi discordanti. Secondo la prima, nel caso in cui il recesso sia intimato in forma orale il datore è soggetto alla sanzione tipica del regime di tutela obbligatoria: obbligo di riassunzione o pagamento da lui scelto di un'indennità risarcitoria di importo rientrante fra le 2,5 e le 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La posizione prospettata non è apprezzata da un ulteriore orientamento, affermatosi in sede di legittimità e avallato dalle Sezioni Unite <sup>285</sup> il quale ha sottolineato che il licenziamento orale non può risolvere validamente il rapporto di lavoro; una volta constatata l'inefficacia dell'atto, il giudice dovrebbe riconoscere al dipendente il diritto al pagamento di tutte le retribuzioni non percepite dal giorno del licenziamento orale sino all'effettiva ricostituzione del rapporto. In presenza di un licenziamento orale non abbiamo un effetto interruttivo sul rapporto di lavoro e sulle connesse obbligazioni; il Giudice deve pensare al rapporto

---

<sup>285</sup> Cass., Sez. Un., 27 luglio 1999, n. 508.

come se non fosse mai stato interrotto, non solo ai fini retributivi ma anche ai fini dell'applicazione di tutti gli altri istituti contrattuali collegati (ad esempio il decorso dell'anzianità lavorativa). Inoltre dovrà procedere ad una quantificazione del risarcimento del danno spettante al prestatore di lavoro mediante applicazione delle regole generali che disciplinano e governano l'inadempimento delle obbligazioni.

Accertata l'inefficacia del recesso e vista la soggezione del datore di lavoro a regime di tutela obbligatoria deve infine quantificare il danno valutando il comportamento delle parti ai fini dell'inadempimento dell'obbligazione retributiva. Qualora il datore mostrasse che l'inadempimento o il ritardo sia dipeso da impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, ai sensi dell'art. 1218 c.c., nessun risarcimento spetterebbe al lavoratore. L'ipotesi di scuola è quella in cui il lavoratore non ha offerto la sua prestazione lavorativa.

Si detrae dall'ammontare del risarcimento l'*aliunde perceptum*, le somme che il lavoratore ha percepito svolgendo un'altra attività lavorativa.

L'onere della prova nel caso del licenziamento orale grava sulle parti in maniera diversa. Il datore deve dimostrare che il recesso è avvenuto in forma scritta. Il lavoratore si limita a provare che il rapporto di lavoro è terminato.

Il novellato art. 2 comma 2 della legge 604/1966 considera la sanzione della inefficacia applicabile verso tutti quegli atti di recesso che risultano senza motivazione.

Con la riforma infatti è cambiata la conseguenza da ricollegare alla declaratoria di inefficacia. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione al lavoratore spetta il diritto ad ottenere un'indennità risarcitoria onnicomprensiva stabilita, in base alla gravità della violazione commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di 6 e non massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; non ha diritto invece alla reintegra nel posto di lavoro.

La sentenza che accerta l'inefficacia del licenziamento deve dichiarare risolto il rapporto di lavoro per bocca del giudice.

Non tutte le motivazioni consentono di escludere la sanzione dell'inefficacia;

il datore di lavoro deve ad ogni modo rispettare requisiti formali e sostanziali, perché una motivazione pleonastica ovvero insufficiente non è idonea ai fini dell'adempimento dell'obbligo legale. Ricordiamo che la comunicazione generica dei motivi viene equiparata alla mancata comunicazione dei medesimi.

Un'innovazione introdotta dalla legge n. 92 del 2012 prescrive che il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione della procedura di cui all'art. 7 dello statuto dei lavoratori ed è sanzionato attraverso il pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata fra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Con riguardo alla circostanza in cui il licenziamento annullabile per mancato rispetto dell'art. 7 viene irrogato da un datore di lavoro sottoposto alle regole della tutela obbligatoria sussistono vari orientamenti. La concezione prevalente ritiene che debba applicarsi il comma 1 art. 1418 c.c. che salva le disposizioni di legge che prevedono sanzioni diverse dalla nullità. Questa lettura è stata utilizzata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che ritengono il licenziamento disciplinare intimato in violazione della procedura prevista dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori non qualificabile come atto nullo ma come ingiustificato, in quanto il comportamento addebitato non può apporsi al dipendente ed il licenziamento non è accompagnato da una valida giustificazione.

La mancanza di un vizio formale viene assimilata all'assenza di un requisito sostanziale ( l'effettiva esistenza della giusta causa e del giustificato motivo).

## 4.2 Cause tassative di discriminazione

Il licenziamento è nullo quando viene intimato per un motivo di carattere discriminatorio, a prescindere dalla motivazione adottata formalmente dal datore di lavoro; si qualifica come discriminatorio il recesso comminato per una finalità di discriminazione politica, religiosa, sindacale, razziale, di lingua o di sesso (art. 4, legge n. 604/1966)<sup>286</sup>. La nozione viene completata dall'art. 15 dello statuto dei lavoratori il quale dispone la nullità di qualsiasi atto o patto diretto a "licenziare un lavoratore, a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero", nonché la nullità dei licenziamenti attuati "a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso"<sup>287</sup>. Risulta da questo combinato disposto di norme una tutela antidiscriminatoria rivolta a reprimere due differenti tipi di ragioni discriminatorie. Una prima categoria di norme è diretta a tutelare la libertà sindacale mentre un secondo gruppo di norme auspica di garantire l'esercizio di alcuni diritti fondamentali di carattere individuale.

La tutela dell'attività sindacale non va giammai interpretata nel senso di reputare illegittimo qualsiasi provvedimento del datore di lavoro che vada a limitare l'azione sindacale. Qualifichiamo dunque come discriminatori i licenziamenti posti in essere a seguito dell'esercizio dell'attività sindacale legittima.

Il secondo gruppo di motivi discriminatori concerne la tutela della libertà e della dignità individuale ed è pertanto sottoponibile ad una lettura estensiva nei casi di motivo illecito.

Preme rilevare che il divieto di discriminazione si applica ad ogni rapporto di lavoro e in particolar modo nella residua area della libera recedibilità; la

---

<sup>286</sup> "Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza a un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacale è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata" (art. 4, legge n. 604/1966).

<sup>287</sup> F. Savino, La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato, in M. V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, Utet, 2007, p. 82.

normativa è estesa ai dirigenti ed ai lavoratori domestici (art. 4, legge n. 108/1990). Medesimo principio è utilizzabile per i licenziamenti comminati durante i periodi di prova. La Corte Costituzionale ha dichiarato che ove il dipendente possa dimostrare il positivo superamento dell'esperimento, nonché l'imputabilità del recesso ad un motivo illecito, potrà eccepirne la nullità in sede giudiziale. La tutela di cui parliamo è applicabile anche nei confronti dei prestatori di lavoro che nonostante l'avanzata età abbiano optato per la prosecuzione del rapporto ai sensi della legge n. 54/1982. Problemi ricostruttivi si sono evidenziati in merito al licenziamento discriminatorio nelle c.d. organizzazioni di tendenza, visti i tratti di specialità caratteristici del rapporto di lavoro che si instaura con questi datori<sup>288</sup>. Cosa viene assecondato dalla prevalente visione dottrinale? Si avalla la facoltà, in alcuni casi di disapplicare la formazione relativa al divieto di discriminazione. Questo è da un punto di vista logico anche giustificabile poiché il datore di lavoro deve poter essere tranquillo e sicuro della persistente e duratura sintonia esistente tra la tendenza dei singoli e quella da loro perseguita.

Non distacciamoci mai dal presupposto che trattiamo di specialissime organizzazioni con altrettanto derogatorie discipline. Le motivazioni di carattere ideologico possono rappresentare una valida e lecita ragione di risoluzione del rapporto, esclusivamente però verso i dipendenti "adibiti a mansioni di tendenza". Non devono ad ogni modo celarsi nell'atto di licenziamento motivi discriminatori sconosciuti e slegati dalla posizione ideologica dell'associazione; è il caso invece di esplicitare che le ragioni di natura ideologica non giustificano in nessuna circostanza il licenziamento di quei lavoratori delle organizzazioni di tendenza che prestano mansioni ed

---

<sup>288</sup> Per le organizzazioni di tendenza si dispone una disciplina particolare, in quanto queste sono escluse dall'applicazione della tutela reale a prescindere dai limiti dimensionali. Prevede l'art. 4 legge n. 108/1990 che l'art. 18 dello statuto dei lavoratori non trova "applicazione nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro la loro attività di natura politica, sindacale, culturale o di religione o culto".

eseguono compiti neutri. Sintomo questo ovviamente di grande civiltà giuridica. A seguito di questo excursus, riprendiamo il filo del nostro discorso ponendo innanzitutto mente al fatto che nel tempo anteriore alla riforma dell'art. 18 operata ed entrata in vigore nel 2012, la norma cardine all'interno della quale venivano regolamentate le sanzioni applicabili al licenziamento discriminatorio era l'articolo 3 della legge del 1990, numerose volte nominata.

L'articolo infatti dettava l'applicabilità del regime della tutela reale, ignorando il requisito dimensionale dell'organizzazione datoriale, al licenziamento discriminatorio. Si amplia ad ogni modo tale regime e vi si fanno rientrare anche i dirigenti<sup>289</sup>. Quanto scritto testimonia come la legge decideva di sanzionare in modo categorico e rigoroso il licenziamento discriminatorio, prescrivendo l'applicabilità della tutela reale in ambiti, quello dirigenziale o ad imprese che non raggiungono la soglia dei 15 dipendenti, i quali stando alle regole generali, non risulterebbero inseriti nell'area di applicazione dell'art. 18 della legge 300 del 1970.

Il legislatore non agisce mai casualmente bensì con cognizione di causa. Quindi è utile e propedeutico al nostro apprendimento inquadrare la *ratio*. Essa è fuor d'ogni dubbio il giudizio di particolare disvalore che si traeva dal licenziamento discriminatorio, intaccando questo beni primari di importanza costituzionale<sup>290</sup>. In primis ad esempio la libertà individuale e collettiva. Non bisogna trascurare quanto la stessa Unione Europea abbia lottato per l'affermazione e l'accoglimento in ogni singolo stato membro

---

<sup>289</sup> Il recesso determinato da ragioni discriminatorie ex art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, ed ex art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo aldilà della motivazione allegata e comporta, qualunque sia il numero dei dipendenti al servizio del datore di lavoro, le conseguenze contenute nell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato da questa legge."Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti" (art. 3, legge 108/1990).

<sup>290</sup> P. Bellocchi, Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori, in G. Santoro Passarelli (a cura di), Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico, V ed., Milano, Giuffrè, 2009, p. 546.

del principio di non discriminazione, anche se quest'entità sovranazionale ha sempre a disposizione strumenti diversi da quelli statali. Nel 2012 la tutela antidiscriminatoria è stata incorporata nel regime sanzionatorio insito nell'art. 18. Ed è proprio nell'incipit dell'articolo che si va a posizionare.

Il Giudice, attraverso la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento poiché discriminatorio, ordina al datore di lavoro la reintegrazione del prestatore di lavoro. Il tutto, come abbiamo più volte ripetuto, indipendentemente dalla ragione formalmente addotta e dal numero dei lavoratori che dipendono dal datore di lavoro. Lo stesso tipo di ordine consegue al licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio, in violazione dei divieti di licenziamento per maternità o gravidanza o riconducibile, in qualche modo, ad altri casi di nullità. Anche in questa situazione si desidera porre in rilievo che la norma si applica anche ai dirigenti.

Giova tenere in considerazione cosa avviene a seguito dell'ordine di reintegrazione. Il rapporto si ritiene risolto qualora il dipendente non sia rientrato in servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro. Fa eccezione l'avanzata richiesta d'indennità di cui al comma 3 dell'articolo ormai sviscerato ampiamente. Ad un attento osservatore non sfugge tuttavia la presenza di una parziale deviazione da tale regime sanzionatorio di quel licenziamento discriminatorio derivante dalla partecipazione del lavoratore ad attività di natura sindacale o dalla sua adesione ad una mobilitazione ossia ad uno sciopero (il quale ad onor del vero è un diritto individuale ad esercizio collettivo ed è tutelato dall'art. 40 della Costituzione). Essendo stato toccato e lesa un diritto di carattere collettivo, ossia la libertà sindacale (costituendo lo sciopero il più diffuso ed efficace mezzo di lotta sindacale), l'unico soggetto ad avere la legittimazione ad agire è il sindacato. Da cosa ricava questa legittimazione? Dall'art. 28 della legge n. 300 del 1970.

Il lavoratore comunque separatamente può esperire un'azione allo scopo di eccepire la nullità del licenziamento. La legittimazione esclusiva a

procedere ai sensi dell'art. 28 appena menzionato la possiede e detiene il sindacato. Quante volte è stata pronunciata la locuzione “indipendentemente dalla motivazione addotta”? Cosa vuol significare? Un qualcosa di basilare quanto importante. La valutazione del licenziamento deve essere rivolta e concentrata sulla verifica della ragione sostanziale che ha convinto il datore a recedere dal rapporto di lavoro. Purtroppo contrastanti ricostruzioni circondano i criteri da seguire per giudicare il motivo sostanziale. La c.d. teoria soggettiva innalza ad elemento determinante, allo scopo di formare una fattispecie discriminatoria, l'intento soggettivo – psicologico del datore di lavoro. Se vuole far cadere l'accusa d'invalidità dell'atto il datore dovrà dimostrare l'esistenza della giusta causa di licenziamento.

La giusta causa provocando l'estinzione istantanea del rapporto ha la prevalenza su ogni altra causa.

Di altro avviso è invece la teoria oggettiva. Sostiene la sufficienza dell'idoneità dell'atto a ledere il diritto protetto. Irrilevanti considera la ricorrenza degli elementi soggettivi come l'intenzione di nuocere, la volontarietà della discriminazione o comunque la colpa o il dolo del datore di lavoro.

Lo comunichiamo solo all'ultimo ma riveste un'importanza estrema il fatto che l'onere della prova circa la natura discriminatoria del licenziamento incombe sul lavoratore<sup>291</sup>. All'interno dei motivi discriminatori che fanno arrivare alla declaratoria della nullità del licenziamento erano ricompresi, già prima del 2012, quelli descritti dall'art. 1345 del c.c., il quale qualifica come illecito il contratto, quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe. Ancora nell'art. 626 c.c. il motivo illecito rende nulla la disposizione testamentaria, quando

---

<sup>291</sup> Il lavoratore è obbligato a “fornire tempestivamente elementi di obiettivo riscontro, che consentano la concreta verifica della circostanza denunciata, non essendo sufficiente la mera allegazione di vizi di natura formale del rapporto” (Cass. 4 dicembre 2001, n. 15315).

si evince dal testamento ed è l'unico che ha determinato il testatore a disporre. Secondo l'art. 788 c.c., poi, il motivo illecito rende nulla la donazione quando si ricava dall'atto ed è il solo che ha spinto il donatore alla liberalità.

La normativa civilistica ci porta a constatare come il nuovo testo dell'art. 18 dello statuto inquadra i licenziamenti affetti da motivo illecito determinante nel regime applicabile ai recessi attuati per ragioni discriminatorie. Pure i motivi di licenziamento contrastanti con norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume entrano a pieno titolo nella normativa discriminatoria.

Nel gruppo si fanno rientrare i licenziamenti comminati per motivi di ritorsione o rappresaglia. Rappresentano l'arbitraria reazione del datore di lavoro di fronte ad un comportamento legittimo tenuto dal lavoratore o di fronte a rivendicazioni legittime avanzate dal medesimo<sup>292</sup>. Nel divieto di discriminazione scoviamo, abbastanza naturalmente, i licenziamenti motivati con le condizioni personali del lavoratore come può essere un handicap, la tossicodipendenza, l'omosessualità o la detenzione.

È nullo per il codice civile quel negozio giuridico adottato in frode alla legge. Ci troviamo in questa situazione quando un negozio giuridico in sé lecito viene adoperato per perseguire, in via mediata, una finalità vietata da una norma imperativa. Parliamo sostanzialmente di un negozio giuridico contrario allo spirito della legge, pur essendo conforme alla sua lettera. L'art. 1344 del codice civile sancisce l'illiceità della causa del contratto

---

<sup>292</sup> Esempi di scopo non lecito noti alla giurisprudenza sono: pressione sui pubblici poteri per ottenere agevolazioni fiscali o economiche in cambio della revoca dei licenziamenti intimati oppure minacciati, poiché contrari al buon costume; il licenziamento di un lavoratore a tempo indeterminato al fine di liberare un posto per assumere un altro con un contratto di formazione, finalizzato al godimento delle agevolazioni collegate, violando tuttavia l'esigenza di creare nuovi posti di lavoro, a cui è ispirata la legge sui contratti di formazione. Abbiamo ora un motivo illecito perché in frode alla legge.

quando l'accordo costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa. Proprio sul termine eludere è importante concentrarsi.

Nell'area dei rapporti di lavoro la fattispecie può essere attuata rispetto all'intermediazione di manodopera, rispetto al contratto a termine, ai contratti di formazione e lavoro ed ai collegamenti societari<sup>293</sup> desiderosi di evitare l'applicazione dell'art. 18 della legge del 1970, n. 300. Ovviamente il trasferimento d'azienda ha dato vita all'ambito più ampio di applicazione dell'istituto, dal punto di vista della giurisprudenza<sup>294</sup>. La Corte di Cassazione era in un primo momento portata ad escludere l'applicabilità dell'istituto al trasferimento di azienda<sup>295</sup>. Dopo tale primo scettico

---

<sup>293</sup> È stato svariate volte detto che “il collegamento economico e funzionale tra due o più imprese non consente di individuare un unico soggetto giuridico od un unico centro di imputazione di rapporti, se non nell'ipotesi in cui sia stata preordinata in frode alla legge la costituzione di una pluralità di aziende, per sottrarle in tal modo alla disciplina prevista dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori” (fra le tante citiamo Cass. 20 settembre 1991).

<sup>294</sup> Va considerato nullo per frode alla legge il contratto di cessione di un esercizio commerciale quando sia provato, anche sulla base di elementi indiziari purché gravi precisi e concordanti, che la reale ragione dell'accordo è quella di allontanare definitivamente il gruppo di lavoratori impiegati nell'azienda ceduta, in tal modo schivando la legislazione vigente in materia di licenziamento, di cassa integrazione e di mobilità, e posizionando a carico di tutta la collettività i relativi oneri. In un caso analogo, la Corte di Appello di Salerno, nella sentenza del 24 aprile 2002, ha deciso che “in assenza di cessionario imprenditore, si deve rilevare la nullità della cessione di ramo d'azienda e dei relativi rapporti di lavoro, per l'illiceità della causa ex art. 1344 c.c. perché stipulato con l'intento di eludere la normativa sui licenziamenti collettivi. Sussistendo dunque una continuità del rapporto di lavoro con il cedente, i licenziamenti intimati dal cessionario dovranno essere dichiarati nulli in quanto intimati da soggetto diverso rispetto al reale datore di lavoro” (App. Napoli, sent 23 marzo 2001).

<sup>295</sup> “Dal sistema di garanzie apprestate dalla legge n. 223/1991 non è possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano in atto situazioni che possano portare ad un licenziamento collettivo, di cedere l'azienda ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabile il licenziamento; né un divieto del genere è desumibile da altre disposizioni che regolano la cessione di azienda. Conseguentemente non è in frode alla legge, né concluso per un motivo illecito, il contratto di cessione dell'azienda a un soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali ed in base a circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro” (Cass. 3 maggio 2006, n. 10108).

approccio con la sentenza n. 2874 del 7 febbraio 2008 sono stati riformulati i principi applicabili in tema di negozio in frode alla legge. Sempre la Corte ha posto quindi l'accento sulla configurazione di una frode alla legge per la quale è doverosa una divergenza consapevole tra la causa tipica del contratto selezionato e la determinazione causale dei contraenti volta all'elusione di una norma imperativa<sup>296</sup>. La dichiarazione di nullità del negozio di trasferimento è successiva e dipendente dall'accertamento di un'intenzione fraudolenta delle parti ai sensi dell'art. 1344 del codice civile.

---

<sup>296</sup> G. Bolego, Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge, in A. Viscomi (scritti raccolti da), Diritto del lavoro e società multiculturale, Napoli, Ed. Scientifica, 2011, pp. 682 ss.

### **4.3 Il licenziamento per cause di matrimonio**

Il licenziamento messo in atto nel lasso temporale compreso fra il giorno della richiesta delle pubblicazioni e l'anno successivo alla celebrazione del matrimonio è nullo poiché si presume disposto a causa del matrimonio (d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198, ossia in gergo comune Codice delle pari opportunità, il quale ha recepito la legge del 9 gennaio 1963, n. 7 e l'art. 18, comma 1, statuto dei lavoratori, nella versione modificata del 2012). Questo argomento riguarda tutte le lavoratrici e tutti i lavoratori dipendenti sia da aziende private sia da soggetti pubblici. Restano al di fuori del divieto coloro che sono preposti ai servizi familiari e domestici a meno che non vi siano apposite clausole di contratti collettivi ed individuali di lavoro. Emerge un dato chiaro, la fissazione ad opera della legge di una presunzione relativa, che in quanto tale può essere superata da una prova contraria. Il datore di lavoro può tentare di persuadere che il recesso, nonostante sia stato intimato durante un periodo garantito e protetto, si origina in una delle particolari ed inconsuete situazioni descritte nell'art. 54, comma 3, d. lgs. n. 151 del 2001: colpa grave della lavoratrice o del lavoratore, concretizzante giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro; cessazione dell'attività dell'azienda in cui la lavoratrice o il lavoratore sono occupati; ultimazione delle prestazioni o risoluzione del rapporto raggiunta la scadenza del termine; infine, esito negativo della prova. Nel periodo di tutela matrimoniale la legge prevede due parametri di legittimità del recesso datoriale: come di consueto, la giusta causa, ed in più la colpa grave.

Deve essere accertata una colpa "più qualificata" rispetto a quella normalmente domandata per la giusta causa. Riusciamo a trarre la relatività di questo concetto.

Per quel che si pensa a proposito di cessazione dell'azienda va innanzitutto osservata l'insufficienza di una semplice diminuzione dell'attività, di un ininfluente cambiamento di luogo della medesima o della ristrutturazione dell'unità di appartenenza della lavoratrice per legittimare un

licenziamento. Da quanto appreso, al datore spetta provare l'incollocabilità altrove, nella sua azienda, della dipendente. Il divieto in parola agisce oggettivamente (Trib. Milano 31 marzo 2006).

Al di fuori del periodo di garanzia è il dipendente a dover provare che il recesso è stato causato dal matrimonio. Cosa discende dall'illegittimità? L'obbligo per il datore di corrispondere al lavoratore le retribuzioni decorrenti dalla data del licenziamento fino alla riammissione in servizio. Colui o colei che esprima la volontà di recedere dal contratto entro dieci giorni dall'invito a riassumere il servizio ha diritto a ricevere il trattamento stabilito per le dimissioni per giusta causa, quindi all'indennità sostitutiva del preavviso.

Rimane però il diritto alla retribuzione fino alla data del recesso.

#### **4.4 Il licenziamento della lavoratrice madre e del padre lavoratore**

La maternità è tutelata in modo rinforzato dalla Costituzione che premurosamente si occupa di garantirla anche in costanza del rapporto di lavoro. La legislazione ordinaria seguendo il dettato costituzionale introduce molteplici garanzie destinate ad assicurare alla lavoratrice madre di proseguire e concludere la sua gravidanza senza imbattersi in conseguenze negative nella sfera personale e professionale.

Le tutele apprestate sono notevolmente significative a proposito del licenziamento. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro per un arco di tempo prestabilito dalla legge lo ritroviamo nel Testo Unico sulla Maternità e Paternità, il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, non innovativo rispetto al preesistente art. 2, comma 2, legge n. 1204/1971.

Le lavoratrici non possono subire un licenziamento in nessun momento compreso tra l'inizio del periodo di gravidanza ed il termine del congedo di maternità, ed inoltre sino al compimento di un anno di età del bambino. Quanto appena enunciato è contenuto nell'art. 54 del Testo Unico sulla Maternità.

Il divieto risulta valido anche nella situazione in cui il lavoratore non sia a conoscenza dello stato di gravidanza della sua dipendente. In questa particolare circostanza la lavoratrice è gravata di un precipuo onere: l'invio entro 90 giorni dal licenziamento della certificazione medica dichiarante la gravidanza. Non onerandosi di ciò si arriverà alla sanatoria del licenziamento, la quale può non verificarsi solo nell'ipotesi in cui la lavoratrice dimostri la conoscenza del datore della sua gravidanza. Il recesso del datore di lavoro avvenuto nel periodo in esame deve, a parere della Corte Costituzionale, ritenersi nullo<sup>297</sup>. La Cassazione qualificava il licenziamento al contrario inefficace, semplicemente. La previsione interna all'art. 2, legge 1204/1971 è conforme a costituzione solo se interpretata nel senso che il licenziamento della donna nel periodo di irrecedibilità preso a riferimento è nullo. Il sistema è stato riaffermato dal nuovo testo dell'art. 18, primo comma, statuto dei lavoratori. Nel periodo di gravidanza pertanto è vietato recedere. Il lasso di tempo che qui interessa inizia a trascorrere in un preciso momento. Attraverso un meccanismo presuntivo, il concepimento risale a 300 giorni precedenti alla data del parto figurante nel certificato medico. Il divieto continua ad essere imposto fino allo scadere

---

<sup>297</sup> Consideriamo infatti la Corte cost. 8 febbraio 1991, n. 61. A discrezione della giurisprudenza di legittimità "Il licenziamento intimato alla lavoratrice all'inizio del periodo di gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino in violazione dell'art. 2, secondo comma, legge n. 1204/1971, è affetto da nullità, a seguito della pronuncia della Corte Cost. n. 61/1991, ed è improduttivo di effetti, con la conseguenza che il rapporto deve ritenersi giuridicamente pendente e il datore di lavoro inadempiente va condannato a riammettere la lavoratrice in servizio ed a pagarle tutti i danni derivanti dall'inadempimento, in ragione del mancato guadagno" (Cass. 15 settembre 2004, n. 18537). "Il licenziamento intimato alla madre lavoratrice in violazione della legge n. 1204/71 è nullo, ma ad esso non è applicabile l'art. 18 St. lav. La garanzia per la lavoratrice del divieto di licenziamento intimato a causa di matrimonio nel periodo compreso tra la richiesta delle pubblicazioni ed un anno dalla celebrazione trova le uniche eccezioni nelle ipotesi previste nella stessa legge 9/1/63 n. 7. Ne consegue che è nullo, ai sensi della citata legge, il licenziamento intimato nell'anno dalla celebrazione delle nozze per avvenuto superamento del periodo di comporto"(Cass. 9 aprile 2002, n. 5065).

del periodo d'interdizione dall'attività lavorativa, pure laddove il bambino sia nato morto o la sua morte sia sopravvenuta nei tempi protetti<sup>298</sup>.

Vietare il licenziamento durante il periodo garantito vuol significare altresì che non è assolutamente lecito adottare misure preparatorie alla scelta di recesso provocata dalla gravidanza o dalla nascita di un figlio<sup>299</sup>.

Il Testo Unico, sempre all'art. 54, enuncia i casi tassativi nei quali è possibile licenziare la dipendente nel tempo in cui si trova in gravidanza. Non vi è ragion d'essere del divieto di licenziamento di fronte alla colpa grave della lavoratrice qualificante giusta causa di risoluzione del rapporto. L'accertamento dei fatti che giustificano la predetta risoluzione deve effettuarsi in maniera rigorosa, non potendo non pesare il peculiare stato fisico e psichico della dipendente<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> Quando il bambino decede dopo il periodo di interdizione e prima del compimento di un anno di età, vi è il divieto di licenziare fino a 10 giorni dopo la sua morte.

<sup>299</sup> Il recesso causato dalla gravidanza oppure o contemporaneamente dalla nascita di un bambino è in ogni situazione discriminatorio e perciò contrastante con i precetti contenuti nella Direttiva 76/207/CE, riguardante l'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto interessa l'accesso al lavoro, alla formazione ed alle promozioni professionali e le condizioni di lavoro, qualunque sia il momento in cui la decisione di recesso stesso venga notificata. Perciò anche se comunicata oltre la scadenza del periodo tutelato. La misura o lo strumento sanzionatorio scelto dallo Paese membro devono essere equipollenti a quelli adoperati per il diritto nazionale in attuazione degli articoli 10 e 12 della Direttiva 92/85/Ce per il licenziamento per gravidanza posto in essere all'interno del periodo di tutela. Dati questi ricavati dalla Corte G. CE 11 ottobre 2007, causa C-460/06.

<sup>300</sup> "Ai fini di verificare la sussistenza della colpa grave che, ex art.2, legge 30/12/71, n. 1204, consente il licenziamento della lavoratrice in periodo di gestazione e puerperio, e che, per l'indicato connotato di gravità, è diversa dalla giusta causa e dal giustificato motivo soggettivo, nonché dalla colpa prevista dalla disciplina collettiva per generici casi d'infrazione o d'inadempimento sanzionati con la risoluzione del rapporto, è necessario accertare, oltre che la ricorrenza di giusta causa di recesso, la sussistenza di quella colpa specificamente prevista, da provarsi dal datore, nella condotta della lavoratrice, in ciò tenendosi conto del comportamento complessivo della lavoratrice stessa, in relazione alle sue particolari condizioni psicofisiche legate allo stato di gestazione, le quali possono assumere rilievo ai fini dell'esclusione della gravità del comportamento sanzionato solo in quanto abbiano operato come fattori causali o concausali dello stesso" (Cass. 21 settembre 2000, n. 12503).

La presenza della colpa qualificata deve dimostrarla il datore di lavoro onorando il dettato dell'art. 2697 c.c.

In aggiunta, notiamo non essere colpite dal divieto di licenziamento la fattispecie dell'ultimazione delle prestazioni per le quali la lavoratrice, o il lavoratore, ha stipulato il contratto di assunzione e la fattispecie di risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine. È ad esempio illegittimo il recesso effettuato nell'area di un appalto di servizi di pulizie nel caso in cui subentri alla società datrice di lavoro una distinta società che aveva incorporato ed integrato con contratti di lavoro tutti i dipendenti ad eccezione della dipendente assente per maternità ed avente un rapporto a tempo indeterminato<sup>301</sup>. Ricordiamo essere estraneo al divieto suddetto l'esito negativo della prova<sup>302</sup>. Per questa ipotesi il licenziamento è valido solo se il datore di lavoro non è a conoscenza della gravidanza. Nella circostanza avversa l'imprenditore deve dimostrare la valutazione negativa a proposito del risultato della prova<sup>303</sup>.

Il fine comunque perseguito è la riduzione degli abusi e la certa esclusione che il recesso sia stato posto in essere a causa dello stato di gravidanza. L'onere di provare la ricorrenza di una delle tipizzate fattispecie appena elencate ricade e grava sul datore di lavoro. La lavoratrice tuttavia sopporta il peso di dimostrare, quale fatto costitutivo, la sussistenza del rapporto, la presentazione dell'atto di licenziamento nel periodo di tutela legale e l'avvenuta delucidazione da parte del certificato medico entro 90 giorni dal licenziamento. Deduciamo dalle ultime osservazioni che alla dipendente in maternità non si applica l'art. 6, legge 15 luglio 1966, n. 604. Il recesso datoriale non va impugnato nel termine di decadenza di 60 giorni<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Cass. 27 agosto 2003, n. 12596.

<sup>302</sup> “Costituzionalmente illegittimo è, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 2 c. 3 legge n. 1204/1971, nella parte in cui non prevede l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova” (Corte cost. 31 maggio 1996, n. 172).

<sup>303</sup> Corte cost. 31 maggio 1996, n. 172.

<sup>304</sup> Cass. 20 gennaio 2000, n. 610.

#### **4.5 Il licenziamento durante il periodo di comportamento**

Dal codice civile e più esattamente dall'art. 2110, comma due, apprendiamo che l'imprenditore ha facoltà di recedere dal rapporto lavorativo in caso di assenza del lavoratore per malattia prolungatasi oltre il limite stabilito dalla legge o dal c.c.n.l. Il periodo di comportamento dunque corrisponde a quello nel quale è vigente il divieto di licenziamento del lavoratore, assente per malattia o infortunio ma avente diritto alla conservazione del posto di lavoro, pur essendo la prestazione sospesa per fatto connesso ed inerente alla sua persona. Qual è la sua più importante fonte? Il contratto collettivo impegnato a regolare natura e durata. Conosciamo due tipologie di comportamento. La prima è denominata comportamento secco e viene in essere se la contrattazione collettiva prevede esclusivamente un periodo di comportamento con riguardo ad un'unica malattia. Il comportamento per sommatoria va interpretato come un lungo lasso di tempo entro il quale non possono essere oltrepassati i periodi massimi complessivi di conservazione del posto di lavoro. Effettuare un licenziamento durante il periodo di comportamento equivale a porre in essere un atto inefficace. L'inefficacia vizia l'atto unicamente per il periodo in cui sussiste la ragione impeditiva<sup>305</sup>. Il diritto più rilevante in questo momento è sicuramente quello alla conservazione del posto di lavoro. Da esso discende infatti un regime speciale di irrecidibilità che ha la prevalenza sulla disciplina generale della risoluzione dei contratti per impossibilità sopravvenuta della prestazione (sia parziale che temporanea) ed anche su quella del

---

<sup>305</sup> “In caso di licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento, ma anteriormente alla scadenza di questo, l'atto di recesso è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 c.c., che vieta il licenziamento stesso in costanza della malattia del lavoratore, e non già temporaneamente inefficace, con differimento dei relativi effetti al momento della scadenza suddetta; il superamento del comportamento costituisce, infatti, ai sensi del citato articolo 2110 c.c., una situazione autonomamente giustificatrice del recesso, che deve, perciò, esistere già anteriormente alla comunicazione dello stesso, per legittimare il datore di lavoro al compimento di quest'atto ove di esso costituisca il solo motivo” (Cass. 26 ottobre 1999, n. 12301).

licenziamento per giustificato motivo. Resta precluso nel periodo di comporto il licenziamento *ad nutum* e quello riscontrabile nelle esigenze dell'impresa. Così sono insignificanti gli eventuali effetti negativi della lunga assenza del lavoratore sull'organizzazione del lavoro e sul normale svolgimento. Si può sempre procedere invece al licenziamento per giusta causa<sup>306</sup>.

Alla scadenza del periodo di comporto è ammissibile il licenziamento. L'onere probatorio, in ambito di assenze dal lavoro causate da malattia o infortunio il cui ammontare integra il periodo di comporto, pesa sul datore di lavoro, promotore del licenziamento. Dobbiamo tenere in grande considerazione che il licenziamento non possiede natura disciplinare. Non serve dunque nessun tipo di contestazione e non gli si applicano nemmeno le regole contenute nell'art. 7 della legge del 1970, n. 300<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> “La giusta causa di recesso dal rapporto di lavoro importa l'immediata estinzione del rapporto pur in costanza del periodo di comporto per malattia, e ciò anche quando la cognizione dei fatti da parte del datore di lavoro sia anteriore all'inizio della malattia e la contestazione sia successiva a questa” (Cass. 29 luglio 1998, n. 7467, Cass. 20 ottobre 2000 n. 13903). “Lo stato di malattia del lavoratore preclude al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso solo quando si tratta di licenziamento con preavviso per giustificato motivo; esso non impedisce l'intimazione del licenziamento per giusta causa, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consente la prosecuzione neppure in via temporanea del rapporto” (Cass. 27 febbraio 1998, n. 2209). “Lo stato di malattia del lavoratore, ancorchè non impedisca l'intimazione del licenziamento per giusta causa, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consenta la prosecuzione, neppure in via temporanea, del rapporto di lavoro, preclude, invece, al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso quando si tratta di licenziamento con preavviso per giustificato motivo; sicchè legittimamente il datore di lavoro, che abbia contestato l'addebito e ricevuto, nel termine di cui all'art. 7 st. lav., le giustificazioni del lavoratore, subito dopo assentatosi dal lavoro per malattia, attende la cessazione del periodo di malattia prima di intimare il licenziamento disciplinare, senza che in tal caso il decorso del tempo possa ingenerare nel lavoratore l'affidamento in ordine all'accoglimento delle giustificazioni precedentemente comunicate, né comportare la tardività del recesso” (Cass. 20 dicembre 1997, n. 12915).

<sup>307</sup> Cass. 10 gennaio 2008, n. 278.

Basta che il datore invochi a motivazione del licenziamento il superamento del periodo di comporto e che la motivazione sia appunto veritiera. Potrebbe altresì accadere che il dipendente che ha sforato i termini del periodo di comporto non venga licenziato, tuttavia ricominci a svolgere la sua attività per un congruo arco temporale. Il datore non può intimare il licenziamento poiché evidentemente ha sopportato un'assenza più duratura di quella stabilita.

La riforma della legge del 2012, n. 92 tange anche questa forma di licenziamento. L'art. 18 comma 7 dichiara che, nell'ipotesi di recesso intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2 c.c., trovano applicazione le garanzie previste dal comma 4, ovvero la sanzione della reintegrazione sul posto di lavoro, oltre al pagamento di un'indennità di ammontare non superiore alle 12 mensilità.

## CONCLUSIONI

Nessun'altra norma di diritto del lavoro come l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori ha tratto su di sé tanti contrasti nel dibattito politico – sindacale e nelle sue proiezioni mediatiche. Anche la sua storia è colma di contrasti. Tutto questo poiché per molti essa è “la madre di tutte le tutele”, un provvedimento deterrente affinché il bagaglio degli altri dritti inderogabili dei lavoratori subordinati non si disperda nel nulla. Alcuni invece la guardavano e la consideravano come un elemento di estrema rigidità che poteva addirittura far pensare ad un rapporto di lavoro indissolubile. Quando si stigmatizza la concezione “proprietaria” del posto di lavoro (property rule) che starebbe alla base della imperterrita difesa dell'art. 18 e si desidera, viceversa, una dimensione di mera responsabilità nel caso del licenziamento illegittimo (liability rule) come l'unica capace di garantire il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali, si rischia di rappresentare come una scelta obbligata sul piano giuridico quella che è una valutazione prevalentemente economica. Le decisioni del legislatore non possono distaccarsi da una certa lettura dei rapporti sociali ed economici di volta in volta in esame, sia con lo scopo di orientarli che con quello di disciplinarne le conseguenze, da cui discendono le diverse opzioni nelle quali si esprimono le diverse politiche del diritto.

Le motivazioni di politica economica comunicate per giustificare il recente intervento sull'art. 18 sono svariate ma accomunate da un fattore fondamentale: l'influsso negativo che la rigidità nel momento dell'uscita dal rapporto esercita sul mercato del lavoro, ostacolando una reale e proficua mobilità.

Si accentua sempre più il divario tra i lavoratori protetti in modo pregnante ed i lavoratori esclusi da efficaci protezioni. Lo scambio che potremmo dirsi prefigurato è tra una minore flessibilità in entrata ed una maggiore flessibilità in uscita, possibile grazie ad un ridimensionamento drastico

delle tutele, nell'implicita persuasione che ove vi è maggiore libertà di licenziare non ci sarebbe ragione di rivolgersi a tipologie contrattuali precarie. Gli investitori che si sarebbero voluti attrarre in realtà, a causa dell'abbandono del disegno originario sull'articolo 18, sono stati ancora più allontanati dalla complessa e faticosa interpretazione della nuova norma. Non è stato quindi rispettato il fine di garantire affidabilità agli strumenti giuridici per la risoluzione del rapporto e non è stata nemmeno ridimensionata la discrezionalità del giudice. La legge n. 92 del 2012 intervenendo sulle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo ha perlopiù aggrovigliato la disciplina, riformulando le sanzioni secondo una logica non sempre lineare. L'ottica prettamente risarcitoria che è stata delineata ha causato inevitabilmente delle nuove incertezze e l'assetto sistematico della materia che abbiamo trattato, raggiunto lentamente e con grande difficoltà, è stato nuovamente rimesso in discussione, inopportuna data la criticità economica e socio – politica del nostro paese.

## BIBLIOGRAFIA

Alleva P., *L'evoluzione dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, allo statuto dei lavoratori*, in Riv. dir. lav., 1971, pag. 86.

Amoroso G., *Estinzione del rapporto, in diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro Passarelli, Milano, Ipsoa, 2009.

Amoroso G., *Art. 2118 c.c.*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro, vol. 2, Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano, Giuffrè, 2009.

Basenghi F., *Il lavoro domestico*, in Commentario Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2000.

Bellocchi P., *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, V ed., Milano, Giuffrè, 2009.

Bolego G., *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. Viscomi (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2011.

Brischiani M., Failla L., *Licenziamenti individuali*, Milano, Ipsoa, 2012.

Calcaterra L., *La giustificazione del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità*, Napoli, Esi, 2009.

Canali De Rossi S., *Limiti del diritto di critica del rappresentante sindacale aziendale*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 1033 ss

Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro*, Torino, Utet, 2003.

Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, Cedam, 2005.

Carinci F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, p. 544.

Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, Suppl. al n. 33.

Cester C., De Cristofaro M., Suppiej G., *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Padova, Cedam, 2008.

Cester C., *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, Cedam, 2012.

Cester C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 562.

Cinelli M., Ferraro G., *Il contenzioso del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2011.

Consolo C., Rizzardo D., *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. Giur.*, 2012, pp. 731 ss.

Cosio R., *Licenziamento per ragioni economiche*, in *Dir. prat. lav.*, 2012.

D'Onghia M., *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2005.

De Cristofaro M., *I licenziamenti individuali*, Padova, Cedam, 1991.

De Luca Tamajo R., *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze ed ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p.524.

Emiliani S., *La libertà del lavoratore di manifestare il proprio pensiero e il dovere di rispettare l'altrui onore e reputazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, I, p. 417 ss.

Fergola P., *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1985.

Garofalo D., Miscione M., *Il Collegato Lavoro 2010, Commentario alla legge n. 183 del 2010*, Milano, Ipsoa, 2011.

Genoviva P., *Il licenziamento*, Torino, Utet, 1988.

Ghera E., Valente L., *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 867.

Ghezzi G., *Sul rapporto fra riassunzione e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali*, in Riv. dir. lav., 1968, p. 263.

Gragnoli E., *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, Cedam, 2006;

Gragnoli E., *Rinnovazione e revoca del licenziamento*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008.

Ichino P., *Sulla nozione di giustificato motivo di licenziamento*, in Riv. it. dir. lav. 2002, I, p. 483.

Ichino P., *La stabilità del lavoro ed il valore dell'uguaglianza*, in Riv. It. Dir. Lav., 2005, I, pp. 7 ss.

Ichino P., *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in Dir. prat. Lav., 2012.

Lanotte M., *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli, 2003.

Lunardon F., Santini F., *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F.

Carinci, vol. III, *Il Rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, ed. II, Torino, Utet, 2007.

Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, in *Le nuove leggi civili*, Milano, Giuffrè, 2012.

Magrini S., *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in Arg. Dir. Lav., 2012, p. 536.

Mannacio G., *Ancora sul licenziamento disciplinare, Commento a Cass. 10 novembre 2011, n. 23417*, in Lav. giur., 2012, p. 484 ss.

Marano A., *Il licenziamento dopo la Riforma Fornero*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2012.

Marazza M., *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in Arg. dir. lav., 2012, p. 622.

Maresca A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav., 2012, p. 40.

Marinelli M., *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, Giappichelli, 2005.

Mazzotta O., *Il rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2011.

Motto A., *Poteri sostitutivi e tutela giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2012.

Napoletano G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, Liguori, 1990.

Napoli M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, F. Angeli, 1980.

Nicolini G., *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2000.

Nogler L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 611 ss.

Pedrazzoli M., *Licenziamento e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 2011.

Pellacani G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, Giappichelli, 2013.

Pera G., *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari del licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 1268 ss.

Pera G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1980.

Pessi R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2012.

Persiani M., *L'ambito di applicazione della nuova disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 5.

Pisani C., Sandulli P., Vallebona A., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, Cedam, 1990.

Pisani C., *Licenziamento e fiducia*, Milano, Giuffrè, 2004.

Pisani C., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 741 ss.

Proia G., Tiraboschi M., *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2011.

Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2008.

Sandulli P., Socci A. M., *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Milano, Giuffrè, 2010.

Savino F., *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, in M. V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, Utet, 2007.

Schiavone S., *I confini del diritto di critica sindacale*, in Riv. giur. lav., 2008, I, p. 249 ss.

Scognamiglio R., *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 2005.

Speziale V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, p. 552.

Tarza G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2008.

Tatarelli M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, IV ed., Padova, Cedam, 2012.

Tosi P., *L'indennità <<in sostituzione della reintegrazione>> tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni L'indennità <<in sostituzione della reintegrazione>>*, in Arg. dir. lav., 2006, p. 421.

Tullini P., *La cd. tutela reale di diritto comune*, in Quaderni dir. lav. rel. ind., 1990, n. 8, pp 103 ss.

Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994.

Tursi A., *La riforma del mercato lavoro*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012.

Vallebona A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1988.

Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, Giappichelli, 2012.

Vallebona A., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in Dir. rel. ind., 2012, pp. 622 ss.

Veneto G., *Contrattazione e prassi nei rapporti di lavoro*, Bologna, Il Mulino, 1974.

Zangari G., *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, Giuffrè, 1971.

Zangari G., *Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato*, Milano, Giuffrè, 1974.

Zoli C., *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in Arg. dir. lav. 2008, I, p. 35 ss.