

LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO DOPO LA LEGGE DI RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO

di Luca Failla



edito da
legalcommunity

per **LABLAW**
STUDIO LEGALE

LABLAW è lo Studio Legale fondato dagli Avvocati Luca Failla e Francesco Rotondi

**LA CESSAZIONE
DEL RAPPORTO
DI LAVORO DOPO
LA LEGGE DI RIFORMA
DEL MERCATO
DEL LAVORO**

Testi a cura di
LABLAW Studio Legale

Società editrice
Legalcommunity S.r.l.

Foto Copertina
© Kirill Kedrinski

Tutti i diritti riservati.
È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo.

1. La cessazione del rapporto di lavoro dopo la legge di riforma del mercato del lavoro	
1.1 Premessa	7
1.2 Il nuovo art.18 nel contesto della riforma e nel contesto europeo	9
2. Il licenziamento per giusta causa	
2.1 Definizione di giusta causa	23
3. Il licenziamento per giustificato motivo	
3.1 Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo	31
3.2 Intimazione del licenziamento	34
3.3 Il procedimento disciplinare	37
3.4 Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo	41
3.4.1 Licenziamento individuale plurimo per ragioni oggettive	45
3.4.2 Obbligo di repaceage	48
3.4.3 Procedura di conciliazione preventiva per il caso di licenziamenti economici	53
4. Tutela contro il licenziamento: impugnazione; conseguenze dell'illegittimità;	
4.1 Termini di decadenza e requisiti di forma	55
4.2 Licenziamento in particolari ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro e impugnazione	58
4.3 Le conseguenze del licenziamento illegittimo e il nuovo art. 18 Statuto dei Lavoratori	60
4.3.1 Licenziamento discriminatorio	61
4.3.2 Licenziamento disciplinare	62
4.3.3 Vizi formali	63
4.3.4 Licenziamento per motivi oggettivi o economici	64
5. Nuovo rito per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti	
5.1 Giudice competente	68
5.2 Procedimento	69
5.3 Impugnazioni	70

1.

La cessazione del rapporto di lavoro dopo la legge di riforma del mercato del lavoro

1.1 Premessa

Con la legge 28 giugno 2012, n. 92 il legislatore italiano ha introdotto alcune importanti novità in materia di diritto del lavoro. Il progetto, alimentato dalla crisi economica in atto a fine 2011 e annunciato dal Governo Monti già all'inizio del corrente anno, era stato tradotto dapprima nel documento licenziato dal Consiglio dei Ministri in data 23 marzo 2012 e, successivamente, in modo più analitico, nel disegno di legge che, dopo il suo *iter* parlamentare, ha poi raggiunto l'approvazione finale nella seduta del 27 giugno 2012. Come si legge nel documento di marzo e come poi è divenuto parte integrante della nuova normativa introdotta dalla riforma, l'obiettivo è quello di: *definire misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, in particolare:*

- a) favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto «contratto dominante», quale forma comune di rapporto di lavoro;
- b) valorizzando l'apprendistato come modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro;
- c) ridistribuendo in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali; dall'altro adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie;
- d) rendendo più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori so-

ciali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone;

- e) contrastando usi elusivi di obblighi contributivi e fiscali degli istituti contrattuali esistenti;*
- f) promuovendo una maggiore inclusione delle donne nella vita economica;*
- g) favorendo nuove opportunità di impiego ovvero di tutela del reddito per i lavoratori ultracinquantenni in caso di perdita del posto di lavoro;*
- h) promuovendo modalità partecipative di relazioni industriali in conformità agli indirizzi assunti in sede europea, al fine di migliorare il processo competitivo delle imprese.*

Obiettivi ambiziosi e importanti che, delineati nei loro contenuti prioritari all'interno della nuova legge, offrono ora agli interpreti e agli operatori del diritto il terreno per il confronto, il dibattito e la concreta sperimentazione dell'operatività delle nuove norme. Norme che sono già state fatte oggetto di piccoli aggiustamenti – anche se non con riferimento alle disposizioni in materia di cessazione del rapporto di lavoro - ad opera del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134 e che costituiscono ormai il punto di partenza per quel rinnovamento del diritto del lavoro che il nostro ordinamento ha già avviato negli ultimi anni già con il Collegato Lavoro. Rinnovamento divenuto necessario e ormai irreversibile.

La funzione storica del nostro diritto del lavoro, infatti, è sempre stata quella della tutela del lavoratore. Il diritto del lavoro è nato con la precisa funzione di tutelare il contraente considerato “più debole” e di “riequilibrare” i rapporti di forza fra le parti del contratto.

Su questi elementi di tutela è quindi nata tutta la legislazione che conosciamo. Legislazione che, peraltro, cresciuta a dismisura e in modo “alluvionale”, risulta spesso complicata nella sua applicazione pratica e di difficile interpretazione. Essa, inoltre, ha sempre apprestato una tutela più specifica a favore di chi il lavoro lo ha già, risultando poco funzionale per coloro che sono alla ricerca di prima o nuova occupazione.

Ma, come ci è stato insegnato dalle crisi degli ultimi anni e come appare evidente guardando ai dati sull'occupazione, soprattutto giovanile, le cose sono (anche drammaticamente) cambiate. Da un lato al diritto del lavoro viene ora chiesto di “occuparsi” sempre più di chi è senza lavoro (giovani, donne e disoccupati) e dall'altro - lo vediamo costantemente - al diritto del lavoro viene chiesto anche di “svecchiare” il sistema produttivo, di superare le vischiosità ed i freni che ancora esistono, diventando - auspicabilmente - un elemento della “competizione” globale.

La inderogabilità delle norme da un lato e la loro indeterminatezza e genericità dall'altro (si pensi a concetti come giusta causa, giustificato motivo, equivalenza professionale etc.) hanno costituito da sempre il problema principale del diritto del lavoro in Italia perché idonei a generare incertezza per le aziende circa le con-

seguenze delle decisioni assunte, soprattutto nei casi di cessazione del rapporto di lavoro. Il rischio, dipendente dai gradi di giudizio e dalla durata del processo, della possibile reintegrazione nel posto di lavoro con la variabile - assai alta - della ricostituzione del rapporto di lavoro anche dal punto di vista retributivo e contributivo, hanno sicuramente fatto da sfondo ad alcuni degli interventi più importanti dell'ultima riforma e sono divenuti, così, il campo di prova - e di confronto - della tenuta delle scelte di politica legislativa orientate verso un certo cambiamento, culturale prima ancora che giuridico. Scelte che la nuova legge, pur con molteplici incertezze ha voluto tradurre in concrete novità.

Novità che, sul versante della "flessibilità in uscita" si sono tradotte, in sintesi, nella revisione delle disposizioni dell'art. 18 L. 20 maggio 1970, n. 300 accompagnato dalla modifica dell'art. 7 della L. n. 15 luglio 1966, n. 604 e nella introduzione di un rito accelerato per le controversie in materia di licenziamento.

1.2 Il nuovo art. 18 nel contesto della riforma e nel contesto europeo

Proprio partendo dall'esigenza di un intervento riformatore nella materia del diritto del lavoro, va ricordato che il concreto intervento, da parte del legislatore, sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è di fatto scaturito dalla lettera della BCE inviata al Governo italiano nell'estate del 2011. Nella stessa si esortava l'Italia ad intervenire in diversi ambiti. Per quello che concerne la materia del lavoro, si raccomandava:

- «(...) l'esigenza di riformare ulteriormente il sistema di contrattazione salariale collettiva, permettendo accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione - esortazione che ha determinato l'emanazione dell'art. 8 del D.L. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, in legge n. 148/2011».
- «(...) un'accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi».

È intuibile, quindi, che nel corso di quest'anno si sia caricata la Riforma del mercato del lavoro di grandi aspettative e che gli interventi in materia di "*flessibilità in uscita*" siano stati anche quelli più chiacchierati e dibattuti.

Venendo, quindi, ad una valutazione complessiva e introduttiva della riforma, utile ad inquadrare le novità previste dall'art. 18 della legge n. 300/1970 nel contesto dei principi in materia di risoluzione del rapporto di lavoro, può dirsi

che ad un primo esame delle novità spicca, innanzitutto, la revisione della rubrica della norma la quale reca ora testualmente: «*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*» in luogo di «*Reintegrazione nel posto di lavoro*», con ciò annunciando già in intestazione il superamento del principio della sola “*reintegrazione nel posto di lavoro*” quale sanzione principale in caso di accertamento della illegittimità del recesso datoriale dal rapporto di lavoro¹. Si tratta di un’evoluzione normativa di grande importanza, soprattutto se si pensa al progressivo perfezionamento della materia del recesso dal rapporto di lavoro che dalla norma codicistica dell’art. 2118 c.c. che fissava in definitiva la libertà del recesso ha portato dapprima alla legge 15 luglio 1966, n. 604 e poi allo Statuto dei lavoratori e alla legge 11 maggio 1990, n. 108.

Infatti, in materia di risoluzione del rapporto di lavoro esistono tre aree di intervento, ossia:

- a) un’area caratterizzata dalla tutela reale (prevista per le aziende con organico superiore ai 15 dipendenti) che, prima della riforma, determinava il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e la ricostruzione del rapporto di lavoro nel periodo intercorrente tra la data del licenziamento riconosciuto illegittimo e la data della sentenza (dedotto l’*aliunde perceptum*);
- b) un’area caratterizzata dalla tutela obbligatoria (prevista per le aziende con organico inferiore ai 15 dipendenti) consistente nell’alternativa tra riassunzione e pagamento di una penale;
- c) un’area residuale caratterizzata dal recesso *ad nutum* applicabile nei confronti di determinate categorie di prestatori di lavoro (quali i dirigenti) o in ambiti definiti (quali il lavoro domestico) nel cui ambito non erano generalmente previsti particolari vincoli in merito all’obbligo di motivazione (ad eccezione della previsione da parte della contrattazione collettiva).

Con la riforma tale impianto viene in parte modificato.

Infatti, fermi restando i criteri per la determinazione degli ambiti dimensionali dell’impresa per l’applicazione della tutela reale (ora previsti nel nuovo comma 8, dell’art. 18, legge n. 300/1970), vengono introdotte tre importanti novità:

- a) la reintegrazione nel posto di lavoro non è più la sola sanzione in caso di accertamento dell’illegittimità del recesso. Infatti la novità consiste nella possibilità che la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro possa essere disposta mediante previsione di un sistema di graduazione nella valutazione dei motivi posti a base del licenziamento che, per il licenziamento *c.d.* disciplinare (sia per giusta causa che per giustificato motivo soggettivo) e per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, rimette di fatto al Giudice del lavoro, all’esito del giudizio, ogni valutazione in merito al tipo di sanzione applicabile: reintegrazione - limitata nell’ammontare delle mensilità massime dovute a titolo di risarcimento del danno (12) - ovvero liquidazione

1. Cfr. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in RIDL, I, 2/2012 e A. Vallebona, *La riforma del lavoro, 2012*, Torino 2012.

di un'indennità risarcitoria “*sostitutiva*” della reintegrazione, ferma restando la intervenuta cessazione del rapporto di lavoro. Si tratta di una novità decisiva – forse di minore impatto rispetto al progetto iniziale della Riforma – ma certamente innovativa rispetto al dualismo ingessato – (reintegrazione sì, reintegrazione no) di cui al vecchio testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori;

- b) la espresa inclusione nella norma che la sanzione della piena reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento discriminatorio trova applicazione indipendentemente dal numero di lavoratori occupati presso l'unità produttiva (e quindi anche nelle imprese al di sotto delle 15 unità) ed anche al personale dirigente. Previsione che era già contenuta nell'art. 3 della legge n. 108/1990 ma che oggi acquista un carattere definitivo e generale per ogni ipotesi di discriminazione;
- c) la previsione che la tutela piena prevista per i casi di nullità del licenziamento perché riconosciuto discriminatorio, trova applicazione anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

Fatte queste premesse, appare utile, allora collocare la nuova disposizione anche nel quadro delle previsioni di analogo contenuto previste in altri Ordinamenti europei.

Nella tabella sottostante si è infatti ritenuto utile proporre una breve analisi della disciplina applicabile ai casi di licenziamento individuale in altri Paesi dell'Unione Europea.

L'analisi comparata evidenzia come la tutela forte in caso di licenziamento illegittimo, fondata sulla reintegrazione del lavoratore, non rappresenti affatto un'anomalia propria del nostro Ordinamento giuridico. Essa, tuttavia, è prevista solo nei casi più gravi e, nella maggior parte, in ipotesi di natura discriminatoria coerentemente con le modifiche appena introdotte nel nostro ordinamento giuridico.

PAESE	TUTELA
Austria*	<p>In accordo alle disposizioni della legislazione del lavoro “<i>Labour Constitution Act 1974</i>” nelle aziende con più di cinque dipendenti, il datore di lavoro che intenda procedere ad un licenziamento è tenuto a seguire una specifica procedura di consultazione dei Consigli di Fabbrica i quali, nel termine di una settimana, devono esprimere il proprio parere (positivo, negativo o di astensione). L’omissione della procedura o la comunicazione del recesso prima che sia giunto il parere rendono illegittimo il recesso. Una volta terminata la procedura e tenendo conto del parere espresso dal Consiglio di Fabbrica, il recesso può essere impugnato sia dal lavoratore sia dallo stesso Consiglio di Fabbrica (purché l’impiego duri da almeno sei mesi). Accertata in sede giudiziale l’illegittimità del recesso il lavoratore avrà diritto alla retribuzione relativa al periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data della pronuncia giudiziale (al netto dell’<i>aliunde perceptum</i>). Il licenziamento è nullo nell’ipotesi di violazione della procedura e nell’ipotesi di recesso intimato nonostante il parere negativo del Consiglio di Fabbrica. Negli altri casi è annullabile in sede giudiziale. Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali ad es. i rappresentanti sindacali, gli apprendisti, le donne in gravidanza, i disabili, ecc.)</p>
Belgio*	<p>Non sussiste in capo al datore di lavoro l’obbligo di motivare il licenziamento e, correlativamente, non sussiste alcun diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro. Solo nei confronti degli operai sono previste delle forme di tutela consistenti nella corresponsione di una indennità commisurata a 6 mensilità di salario in seguito all’accertamento in sede giudiziale dell’illegittimità del recesso, qualora il datore di lavoro non riesca a provare le motivazioni economiche alla base del recesso o l’inidoneità del lavoratore. Nei confronti degli impiegati, invece, l’onere della prova è a carico del prestatore di lavoro che chieda il risarcimento del danno lamentando: a) l’abuso del diritto di recesso da parte del datore di lavoro; b) il danno derivante dalla perdita del lavoro (ulteriore rispetto a quello coperto dalle indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro). Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali ad es. i rappresentanti sindacali nei confronti dei quali si può addirittura arrivare ad un massimo di otto anni di salario - le donne in gravidanza, ecc.)</p>

PAESE	TUTELA
Danimarca*	<p>Non è prevista alcuna particolare procedura in caso di recesso. La disciplina concernente i licenziamenti è contenuta in svariate leggi (i cosiddetti “Acts”) e nella contrattazione collettiva. Quando la protezione del lavoratore è espressamente disciplinata dalla legge o dal contratto collettivo il datore di lavoro deve giustificare il recesso sulla base: a) della condotta del lavoratore; b) di motivazioni attinenti all’impresa o alla situazione economica. Nel caso in cui venga accertata giudizialmente l’illegittimità del recesso, al lavoratore spetterà un’indennità compresa tra 1 e 6 mensilità di retribuzione. L’ammontare dell’indennità può essere maggiore nell’ipotesi di recesso riconosciuto ingiustificato per motivi discriminatori o persecutori. In questi casi l’ammontare dell’indennità oscilla tra le 3 e le 18 mensilità di retribuzione. In un numero limitato di casi, regolati dalla legislazione speciale in favore di particolari categorie di prestatori di lavoro tale indennità è fissata tra un minimo di 6 e un massimo di 18 mensilità.</p> <p>Specifiche misure di tutela (ed in caso procedure specifiche), sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali ad es. i rappresentanti sindacali, durante i periodi di tutela della maternità e paternità, per i dipendenti che siano anche rappresentanti nelle amministrazioni locali, ecc.)</p>
Finlandia*	<p>Il recesso dal rapporto di lavoro deve essere giustificato da motivi da natura soggettiva, attinenti alla condotta del prestatore di lavoro o da motivi di natura oggettiva riguardanti la produzione o le esigenze di ristrutturazione dell’azienda. A tal fine sono previste specifiche procedure che prevedono che il lavoratore sia ascoltato prima di procedere al recesso. Non esiste un diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro nell’Ordinamento finlandese. Quando viene accertata in sede giudiziale l’illegittimità del licenziamento intimato al lavoratore, a quest’ultimo spetta unicamente, a titolo di risarcimento, una somma compresa tra un minimo di 3 mensilità e un massimo di 24 mensilità della retribuzione. Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali ad es. i rappresentanti sindacali, per i dipendenti che siano anche rappresentanti nelle amministrazioni locali, durante i periodi di tutela della maternità, paternità, ecc.)</p>

PAESE	TUTELA
Francia*	<p>La disciplina dei licenziamenti individuali è molto simile a quella dell'Ordinamento italiano. In base al codice del lavoro francese, oltre che per giusta causa, è prevista la possibilità del recesso per ragioni di natura soggettiva (riguardanti la persona del prestatore di lavoro) o oggettiva (riguardanti difficoltà economiche dell'azienda, cambiamenti tecnologici o, in alcuni casi, la necessità di salvaguardare la competitività di un rilevante settore di <i>business</i> a livello di gruppo). Nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'illegittimità del recesso può disporre il pagamento di un'indennità risarcitoria pari a un minimo di 6 mensilità purché il lavoratore: a) abbia almeno 2 anni di anzianità aziendale; b) sia assunto da un'impresa con più di 11 dipendenti.</p> <p>In alcuni casi è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro. Si tratta dell'ipotesi di: a) recesso per motivi discriminatori; b) recesso disposto nei confronti di un rappresentante sindacale senza la preventiva autorizzazione; c) insufficiente motivazione del piano di riduzione del personale; d) recesso disposto in violazione dei criteri di protezione previsti dal Codice del lavoro nell'ipotesi di trasferimento d'azienda. Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali, appunto, i rappresentanti sindacali o ad es. donne in gravidanza, dipendenti in malattia a seguito di infortunio o malattia professionale, ecc.)</p>

PAESE	TUTELA
Germania*	<p>Le principali norme in tema di licenziamento sono contenute nel codice civile e nella legislazione speciale (<i>Protection Against Dismissal Act</i>), applicabile solo ai lavoratori impiegati da più di sei mesi in aziende con più di dieci dipendenti. In accordo a tale normativa, il datore di lavoro può risolvere il rapporto di lavoro oltre che per giusta causa (senza obbligo di preavviso), per motivazioni “socialmente” giustificate ed oggettive che prevedono il rispetto di un preavviso e che sono fondate sulle seguenti ragioni: a) necessità urgenti connesse all’attività produttiva – ipotesi che comprende la riduzione del personale che ha una procedura propria – b) motivi disciplinari e inadempimento contrattuale; c) circostanze riferite alla persona del lavoratore (ad esempio un prolungato periodo di malattia). L’ipotesi <i>sub a)</i> è da ritenersi socialmente giustificata quando: i) sia soppressa la posizione di lavoro; ii) siano stati rispettati i criteri di scelta che tengono conto dell’età, dell’anzianità di servizio, della protezione specifica prevista nei confronti di determinate categorie di prestatori di lavoro; iii) non siano disponibili altre posizioni all’interno dell’impresa.</p> <p>Il provvedimento può essere impugnato dal lavoratore innanzi al Tribunale del lavoro nel termine di tre settimane dal ricevimento della comunicazione di licenziamento. In caso di mancata impugnazione il licenziamento diviene effettivo. In presenza di un Consiglio di Fabbrica il datore di lavoro deve dare preventiva informazione allo stesso del recesso. La reintegrazione nel posto di lavoro può essere disposta dal giudice solo nell’ipotesi in cui, a fronte dell’impugnazione, venga riconosciuta la illegittimità del recesso.</p> <p>Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali i rappresentanti sindacali, disabili gravi, donne in gravidanza e lavoratori e lavoratrici durante i periodi di congedo parentale, ecc.).</p>

PAESE	TUTELA
Grecia*	<p>Il recesso dal rapporto di lavoro è regolato dal Codice Civile e dalla legislazione speciale che prevede tutele specifiche per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali rappresentanti sindacali, donne in gravidanza e lavoratrici madri, ecc.). Al di fuori delle ipotesi provviste di specifica tutela è sempre possibile il recesso dal contratto a tempo indeterminato senza obbligo di motivazione e con il solo rispetto della forma scritta. Il recesso dà luogo al pagamento di specifiche indennità di fine rapporto commisurate all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, dovute per intero in caso di recesso senza preavviso e nella metà degli importi in caso di recesso con preavviso. Le indennità non sono dovute in caso di anzianità inferiore ai due mesi. In caso di mancato pagamento delle indennità previste per la cessazione del rapporto di lavoro il licenziamento è da considerare illegittimo e può essere annullato. La stessa sanzione è prevista in caso di mancato rispetto della forma scritta. In tali casi, spetteranno al lavoratore anche le retribuzioni maturate dalla data del licenziamento fino alla data della pronuncia giudiziale che accerta l'illegittimità del licenziamento. Il lavoratore che contesti la legittimità del licenziamento ha tre mesi di tempo per impugnarlo innanzi all'Autorità giudiziaria.</p>

PAESE	TUTELA
Olanda*	<p>Nell'Ordinamento olandese il recesso è legato al rispetto di specifici periodi di preavviso previsti nella contrattazione individuale o dalla legge e commisurati all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro (tra un mese e quattro mesi estensibili su accordo tra le parti a sei mesi o riducibili, sempre su accordo tra le parti a due mesi). La forma più comune di recesso è quella per mutuo consenso. Negli altri casi, la formalizzazione del recesso dal rapporto di lavoro, nel rispetto degli obblighi di preavviso previsti, richiede una procedura di informativa e di acquisizione del consenso da parte dell'Agenzia per l'Impiego (<i>Employee Insurance Agency</i>). Informativa che non è richiesta in alcuni casi specifici di "urgenza del recesso" connessi ad una giusta causa di risoluzione del rapporto. La risoluzione del rapporto di lavoro può avvenire anche su pronuncia dell'autorità giudiziaria e dietro richiesta del datore di lavoro. L'autorità giudiziaria in questi casi accerta che il recesso non sia avvenuto in una delle ipotesi espressamente vietate dalla legge (per matrimonio, maternità, congedo parentale, qualora si tratti di un rappresentante sindacale, trasferimento d'azienda etc.). In caso di recesso è dovuta una specifica indennità di cessazione del rapporto il cui importo è calcolato avendo riguardo a tre parametri (anni di servizio in collegamento con l'età del prestatore di lavoro; retribuzione di riferimento; fattore di "correzione" applicato a discrezione del giudice in presenza di determinate circostanze).</p> <p>La reintegrazione nel posto di lavoro non è un istituto applicato dai giudici nell'Ordinamento olandese se non in relazione alle ipotesi in cui venga accertato che il recesso è nullo perché riferito a situazioni espressamente vietate dalla legge perché coinvolgenti categorie di prestatori di lavoro che godono di specifica protezione (lavoratori in malattia, che abbiano contratto matrimonio, in congedo di maternità o parentale, rappresentanti sindacali, ecc.).</p>

PAESE	TUTELA
Portogallo*	<p>Il recesso dal rapporto di lavoro può avvenire per un giustificato motivo oggettivo (per ragioni economiche) o soggettivo (per motivi disciplinari) ed è soggetto al rispetto di determinate procedure. In caso di recesso è dovuta un'indennità di cessazione del rapporto – commisurata alla durata del rapporto - solo nel caso di contratti a termine oppure nel caso di cessazione del rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo o economico. Il licenziamento può essere dichiarato illegittimo in caso di violazione della procedura e nell'ipotesi in cui venga accertato che il motivo è ingiustificato. Qualora venga accertata in sede giudiziale l'illegittimità del licenziamento, il datore di lavoro sarà obbligato a reintegrare il lavoratore, a risarcirlo per ogni danno, materiale e non, causato dal licenziamento stesso e a corrispondergli la retribuzione dei mesi intercorrenti dalla data del licenziamento fino alla data della pronuncia giudiziale. Il lavoratore può optare, in luogo della reintegrazione, per il pagamento di un'indennità il cui ammontare è compreso tra 15 e 45 giorni della normale retribuzione del lavoratore per ogni anno di servizio (tra 30 e 60 giorni della normale retribuzione in caso di lavoratori che godono di specifica tutela). La somma totale corrisposta al lavoratore non può essere inferiore a tre mesi della sua normale retribuzione. Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali i rappresentanti sindacali, donne in gravidanza e lavoratori e lavoratrici durante i periodi di congedo parentale, ecc.).</p>

PAESE	TUTELA
Regno Unito*	<p>Il recesso dal rapporto di lavoro è regolato dall'Ordinamento giuridico (<i>par. 86 Employment Rights Act 1996</i>) il quale fissa il periodo minimo di preavviso in caso di recesso (non applicabile nei casi di recesso per giusta causa) e stabilisce che il prestatore di lavoro che abbia un anno di servizio continuato non possa essere licenziato senza un giustificato motivo. In questo caso, nell'ipotesi in cui il recesso venga impugnato davanti al giudice del lavoro e il giudice accerti che non ricorrevano i presupposti per il recesso il datore di lavoro è condannato al pagamento di un'indennità caratterizzata da un "importo base" (calcolato nella stessa misura prevista per le ipotesi di recesso dovuto a ragioni di tipo economico e commisurato all'età del prestatore di lavoro) e da un importo avente natura "risarcitoria" il cui tetto massimo è fissato in 68.000 sterline circa il quale è annualmente rivalutato.</p> <p>Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali i rappresentanti sindacali, donne in gravidanza e lavoratori e lavoratrici durante i periodi di congedo parentale, durante l'anno sabbatico, ecc.) o in determinate circostanze (ad es. per motivi di natura discriminatoria).</p>

PAESE	TUTELA
Spagna* (**)	<p>La Spagna ha recentemente approvato una importante riforma del diritto del lavoro contenuta nel <i>Real Decreto-Ley n. 3/2012</i>. Con tale riforma sono state riviste anche alcune delle disposizioni concernenti i licenziamenti individuali. Il licenziamento per motivi economici e il licenziamento per motivi disciplinari sono soggetti a specifiche procedure. Nel caso in cui venga riconosciuta la illegittimità del recesso, nel sistema spagnolo è prevista la riammissione in servizio (con obbligo di pagamento delle retribuzioni maturate dalla data del recesso alla pronuncia del giudice) quale alternativa al pagamento di una indennità e con opzione da formulare da parte del datore di lavoro nel termine di cinque giorni dalla notifica della sentenza che dichiara il licenziamento ingiustificato. Il questo caso è previsto il pagamento al lavoratore di una somma pari a 33 giorni di retribuzione per ogni anno lavorato, fino ad un massimo di 24 mesi, con effettiva risoluzione del rapporto di lavoro. Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali i rappresentanti sindacali). In questi casi, qualora venga riconosciuta la illegittimità del recesso è il lavoratore (e non il datore di lavoro) che può optare tra la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento dell'indennità risarcitoria. In ogni caso, con riferimento a tali categorie di prestatori di lavoro sono dovute le retribuzioni <i>medio tempore</i> maturare detratto l'<i>aliunde perceptum</i>.</p>
Svezia*	<p>La disciplina svedese in tema di licenziamento è contenuta nel "<i>Employment Protection Act 1982:80</i>". In base alla legge il datore di lavoro deve avere un giustificato motivo oggettivo o soggettivo per la cessazione del rapporto di lavoro. Nelle ipotesi di recesso derivante da motivi di natura soggettiva, la legge pone alcune formalità procedurali e identifica la casistica. La comunicazione del recesso deve essere fatta per atto scritto e deve essere preceduta da apposita notifica al lavoratore. Se questi è membro di un sindacato è prevista anche una consultazione con l'organizzazione sindacale. In caso di mancato rispetto della procedura il recesso non può essere invalidato ma è previsto il pagamento di un'indennità risarcitoria da parte del datore di lavoro. Così nelle altre ipotesi in cui venga riconosciuto dal giudice che il recesso è privo di giustificazione. Non esistono limitazioni particolari con riferimento a specifiche categorie di prestatori di lavoro (a meno che il recesso sia dovuto a motivi di tipo discriminatorio) ad eccezione degli appartenenti alle organizzazioni sindacali.</p>

PAESE	TUTELA
Svizzera*	<p>Nell'Ordinamento svizzero non è richiesta una specifica motivazione per il recesso. Solo su richiesta del lavoratore il datore di lavoro è tenuto a motivare con atto scritto il recesso. Non esiste alcun diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro. È comunque prevista una tutela risarcitoria nell'ipotesi di recesso riconosciuto abusivo per una serie di casi previsti dalla legge, quali ad es. la violazione di diritti della persona, motivazioni di natura discriminatoria, quali sesso, razza, religione, ecc. ovvero per limitare il diritto di azione da parte del prestatore di lavoro in merito al rapporto contrattuale alla base del rapporto di lavoro. Nel caso in cui il licenziamento sia riconosciuto ingiustificato, il rapporto di lavoro si considera comunque risolto e il giudice può condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità per un importo massimo fino a 6 mensilità di retribuzione. Specifiche misure di tutela sono previste dalla legge per determinate categorie di prestatori di lavoro (quali i rappresentanti sindacali, le donne in gravidanza, i periodi di malattia).</p>

*Fonte: Practical Law – Multi-Jurisdictional Guide 2011/12; The Employment Law Review Erica C Collins 2010.

** Analisi delle modifiche alla disciplina del diritto del lavoro introdotte dal *Real Decreto-Ley n. 3/2012*.

2.

Il licenziamento per giusta causa

2.1 Definizione di giusta causa

La definizione di giusta causa è contenuta nella disposizione civilistica di cui all'articolo 2119 del Codice civile il quale prevede che *«ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione (anche provvisoria) del rapporto di lavoro»*. Da ciò si evince che la definizione legislativa non fa riferimento a fatti di inadempimento, ma utilizza un'espressione ben più ampia la quale legittima a far rientrare nel concetto di giusta causa, anche comportamenti che pur non costituendo inadempimento in senso proprio, tuttavia si ripercuotono sul vincolo fiduciario alla base del rapporto di lavoro.

Infatti, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ravvisare la sussistenza della *«giusta causa»* in tutti quei comportamenti del lavoratore - anche diversi dal gravissimo inadempimento contrattuale - di gravità tale da incidere sul giudizio di idoneità ed affidabilità futura dello stesso, ovvero in comportamenti che si traducono in condotte irrimediabilmente lesive del vincolo fiduciario proprio del rapporto di lavoro. A tal riguardo, è necessario specificare 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 soggettivo².

In altri termini, la giusta causa si sostanzia in un comportamento, anche *extra-aziendale*³, talmente grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto: ciò differenzia il licenziamento per giusta causa da quello per giustificato motivo soggettivo.

La lesione dell'elemento fiduciario va valutata innanzitutto sotto il profilo og-

2. Cass. 17 gennaio 2008, n. 837; Cass. 14 giugno 2005 n. 12781.

3. Cass. 4 settembre 1999, n. 9354.

gettivo, ossia prendendo in considerazione⁴:

- la natura e la qualità del singolo rapporto di lavoro;
- la posizione delle parti. La gravità della condotta del dipendente, infatti, può essere valutata anche in relazione alla specifica posizione professionale e responsabilità dello stesso in relazione al servizio svolto, in quanto modello diseducativo o comunque disincentivante per gli altri lavoratori, specialmente se sotto ordinati⁵;
- il grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni svolte dal lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale;
- le circostanze di tempo e di luogo in cui il fatto si è verificato e i motivi;
- ogni altro aspetto correlato alla specifica connotazione del rapporto che possa incidere negativamente su di esso⁶.

Inoltre, la lesione del vincolo fiduciario va valutata anche sotto il profilo soggettivo, facendo riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui il comportamento è stato posto in essere, ai suoi modi, ai suoi effetti, ai motivi e all'intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo.

In pratica, per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed, in particolare, di quello fiduciario e la cui prova incombe sul datore di lavoro, a parere della giurisprudenza occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare.

Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza, la giusta causa rilevante può riguardare non soltanto un atto specifico ma anche una pluralità di atti: infatti, la causa richiesta dall'art. 2119 c.c. non si risolve in un atto singolo ma ammette pluralità di fatti che, pur non gravi in sé possano essere considerati, in base a una valutazione complessiva, «*causa che non consente la prosecuzione, neppure provvisoria del rapporto*»⁷.

Nel caso in cui si contestino al lavoratore diversi episodi rilevanti sul piano disciplinare non occorre che l'esistenza della causa idonea a non consentire la prosecuzione del rapporto sia ravvisabile esclusivamente nel complesso dei fatti ascritti, ben potendo essere individuato anche solo in alcuni o in uno di essi il comportamento che presenti il carattere di gravità richiesto dall'art. 2119 c.c..

4. Cass. 3 gennaio 2011, n. 35; Cass. 27 gennaio 2004 n. 1475.

5. Cass. 18 gennaio 2008, n. 1077.

6. Cass. 27 marzo 1998, n. 3270.

7. Cass. 18 febbraio 1995, n. 1747.

Tenendo conto della indeterminatezza del dettato normativo, la valutazione della gravità dell'infrazione e della sua idoneità ad integrare giusta causa di licenziamento, si risolve in un apprezzamento di fatto riservato al Giudice di merito ed incensurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato⁸: infatti, proprio in considerazione dell'ampiezza del disposto normativo è stato, quindi, precipuo compito della giurisprudenza, nel lavoro di analisi e di valutazione dei singoli casi, delineare in modo più specifico i contorni del concetto di giusta causa. Tale fattispecie ha registrato nel tempo un'ampia e diversificata casistica.

Tuttavia, principio consolidato in giurisprudenza, come già esposto sopra è quello secondo il quale la giusta causa di licenziamento deve essere accertata "in concreto", in relazione a circostanze oggettive, ma anche soggettive, occorrendo verificare se, in relazione alle qualità e caratteristiche del singolo rapporto intercorso tra le parti, la specifica mancanza commessa dal dipendente, considerata e valutata non solo nel suo contenuto obbiettivo ma anche nella sua portata soggettiva, risulti idonea a ledere il vincolo fiduciario in modo così grave da compromettere i rapporti tra datore di lavoro e prestatore di lavoro determinando, così, l'applicazione di una sanzione non minore di quella espulsiva.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione, infatti, «*per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed in particolare di quello fiduciario, occorre valutare da un lato la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta ...; la valutazione della gravità dell'infrazione e della sua idoneità ad integrare giusta causa di licenziamento si risolve in un apprezzamento di fatto riservato al Giudice di merito ed incensurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato*»⁹.

Altro e ulteriore elemento costitutivo della giusta causa è l'immediatezza.

Infatti, dal punto di vista della tempistica con la quale si procede all'intimazione del licenziamento in tronco rispetto alla mancanza che lo ha determinato, la tempestività è elemento essenziale per la configurabilità della giusta causa, atteso che il decorso di un lungo intervallo di tempo tra il momento in cui il licenziamento viene adottato ed il momento nel quale il comportamento posto a fondamento dello stesso viene posto in essere, ovvero è giunto a conoscenza del datore di lavoro, sta ragionevolmente a significare la compatibilità del fatto stesso con la prosecuzione del rapporto di lavoro ed esclude, quindi, la sussistenza della giusta causa, così come definita dall'art. 2119 c.c..¹⁰. Infatti, la non immediatezza della contestazione o del provvedimento espulsivo induce ragionevolmente a ritenere

8. Cass. 26 gennaio 2012, n. 1087; Cass. 3 gennaio 2011 n. 35; Cass. 5 ottobre 2011 n. 20385.

9. Cass. 15 maggio 2004, n. 9299, in senso sostanzialmente conforme Cass. 4 aprile 2006 n. 7844. Cass. 29 aprile 2004, n. 8254.

10. Cass. 28 settembre 2002, n. 14074.

che il datore di lavoro abbia soprasseduto al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore¹¹. A tal fine, assume rilevanza il momento in cui il datore di lavoro viene effettivamente a conoscenza dei fatti sulla base dei quali intende procedere al licenziamento e non a quello in cui gli stessi si sono verificati¹².

Deve, però, precisarsi che l'immediatezza deve essere intesa in senso relativo¹³, dovendosi valutare, di volta in volta, la necessità di svolgere indagini per ricostruire la condotta del lavoratore, ovvero la necessità di tenere conto della complessità della struttura organizzativa del datore di lavoro o della peculiare posizione lavorativa dello stesso dipendente¹⁴. Circostanze, queste ultime, che possono fare ritardare il momento della effettiva percezione e del conseguente accertamento quale giusta causa dei fatti contestati.

Va, inoltre, detto che la giusta causa ha la propria fonte nella legge e, quindi, l'elencazione delle ipotesi di giusta causa contenuta nei contratti collettivi ha valore esemplificativo e non tassativo ed è comunque rimessa alla valutazione del Giudice, il quale può sempre ritenere che il singolo comportamento contestato non integri gli estremi della giusta causa, anche se espressamente qualificato come tale dalla contrattazione collettiva.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare, pressoché univocamente 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, perciò, la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore 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»*. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva ritenuto sussistente la giusta causa di licenziamento nel comportamento del lavoratore che aveva percorso un superiore, pur se l'art. 25 del CCNL per i metalmeccanici dell'industria privata prevedeva come giusta causa di licenziamento la rissa)¹⁵.

A tal riguardo, appare significativa l'intenzione del Legislatore del 2010, di attribuire alle parti del rapporto di lavoro, la possibilità di dare maggiore contenuto al concetto di "giusta causa", in un'ottica di adeguamento delle ipotesi, alle

11. Cass. 15 maggio 2006, n. 11100.

12. Cass. 15 ottobre 2007, n. 21546.

13. Da ultimo Cass. 8 marzo 2010, n. 5546.

14. Cass. 2 febbraio 2009, n. 2580.

15. Cass. 26 ottobre 2010, n. 21912; *ex plurimis* Cass. 16 marzo 2004, n. 5372. In senso conforme Cass. 8 gennaio 2007, n. 56; Cass. 9 luglio 2007, n. 15334.

specificità di ogni singola realtà aziendale¹⁶. Si è infatti espressamente previsto che nella valutazione delle motivazioni poste a base del licenziamento, il Giudice deve “*tener conto*” delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo, soggettivo o oggettivo, presenti:

- nei contratti collettivi di lavoro (anche aziendali) stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, oppure
- nei contratti di lavoro individuali, purché conclusi con l’assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione istituite ai sensi dell’art. 76 e segg. del D.Lgs. n. 276/2003.

La norma per la prima volta lascia alle parti del rapporto (e cioè azienda e lavoratore) di contrattare e “*definire*” preventivamente in ambiente protetto e con tutte le garanzie del caso (cioè con accordo valido solo se firmato alla presenza delle rappresentanze sindacali ovvero davanti ad una commissione pubblica deputata alla certificazione dei rapporti di lavoro) le “*tipizzazioni*” della giusta causa ovvero del giustificato motivo di licenziamento (sia soggettivo che oggettivo) che poi il Giudice del lavoro sarà tenuto a prendere in considerazione in caso di contenzioso in merito alla legittimità del licenziamento intimato.

In altri termini, per la prima volta, il nostro Legislatore ha delegato le parti del contratto di lavoro (azienda e lavoratore) a “*tipizzare*” preventivamente le ipotesi di licenziamento legittimo (sulla falsariga delle clausole risolutive espresse *ex art.* 1456 del codice civile abitualmente praticate per la generalità dei contratti di diritto civile ed applicate poi dai giudici in caso di contenzioso), così da fornire maggiore specificità (e prevedibilità) a quei concetti generalissimi di giusta causa e giustificato motivo previsti dal nostro Ordinamento oltre 50 anni fa.

Qui, tuttavia, va preso in considerazione anche quanto ora previsto dalla riforma del mercato del lavoro con riferimento alla nuova formulazione dell’art. 18 legge n. 300/1970. Nella valutazione dei fatti posti a base del licenziamento e nella conseguente applicazione, da parte del Giudice, delle conseguenze ora previste dalla legge in caso di licenziamento ingiustificato, acquisirà rilevanza, ai fini della possibile reintegrazione nel posto di lavoro, la circostanza che «*il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*» (art. 18, comma 4, legge n. 300/1970). Come sostenuto dai primi commentatori, si tratta di una tipizzazione “*favorevole al lavoratore*”, che vincolerebbe per legge il Giudice, mentre il riferimento alle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato

16. Art. 30, comma 3, legge n. 183/2010 «(...) 3. Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il Giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l’assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell’art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il Giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell’attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento (...)».

motivo introdotto dal *c.d.* Collegato lavoro (art. 30, comma 3, legge n. 183/2010) quale criterio per la determinazione dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo e per la valutazione, quindi, dei fatti posti a base del licenziamento andrebbe visto quale norma “favorevole al datore di lavoro”. Il discrimine, qui, sarebbe da intravedere nella locuzione “*tiene conto*” presente nella norma di cui all’art. 30 del Collegato lavoro e non, invece, nel nuovo testo dell’art. 18 legge n. 300/1970¹⁷.

Si tratta, tuttavia, di uno strumento di innovazione di grande rilevanza se si pensa alle potenzialità derivanti dalla disposizione di cui al citato art. 30¹⁸. Infatti, 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*”, e ciò ad eccezione degli spazi di autonomia lasciati loro dalla legge. Spazi che, però, sono governati, nella più parte dei casi, da norme “*inderogabili*” e di applicazione prevalente ed assoluta rispetto alle pattuizioni individuali concordate tra le parti (datore di lavoro e lavoratore). Questo sul presupposto, come sappiamo, della intrinseca “*debolezza*” della volontà del lavoratore portato (questo sì, ma in passato) ad accettare la volontà del soggetto (datore di lavoro/azienda) più forte.

All’opposto - ma forse si potrebbe dire anche a fianco di tale primo aspetto - si colloca proprio la indeterminatezza e genericità delle più significative norme (inderogabili) del diritto del lavoro: giusta causa, giustificato motivo oggettivo, soggettivo, equivalenza professionale, ragioni organizzative e produttive e così via, fattispecie tutte soggette a continua (e necessaria, vista la genericità in sé delle norme che le prevedono) interpretazione da parte della giurisprudenza. Interpretazione che risente, come tutti sanno, del differente e mutevole orientamento dei diversi tribunali sparsi sul territorio nazionale.

In virtù di tale gioco “*combinato*” di fattori le parti del rapporto di lavoro non sono di fatto “*libere*” di fissare da sé (pure con il consenso del lavoratore) le regole del gioco deputate a governare i rapporti individuali: in caso di contrasto con la legge, infatti, le regole “*private*” (pattuizioni e accordi individuali, codici e regolamenti aziendali pure se accettati o liberamente pattuiti, *ecc.*) soccombono di fronte alla norma inderogabile. La disposizione di cui al citato art. 30 legge n. 183/2010 (seguita poi dalla disposizione di cui all’art. 8 del D.L. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2001) ha per la prima volta aperto la strada ad una maggiore autonomia per le parti nella determinazione di alcune delle regole alla

17. Cfr. sul punto A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit.

18. Art. 30, comma 3, legge n. 183/2010: «(...) 3. Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il Giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l’assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell’art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il Giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell’attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento (...).».

base del rapporto di lavoro. Anche nella materia dei licenziamenti individuali e sulla base degli spazi consentiti ora dall'Ordinamento giuridico, chi scrive ritiene che la strada per avviare con decisione un rinnovamento del nostro diritto del lavoro possa passare proprio attraverso il processo di responsabilizzazione "*controllata*" delle parti del rapporto di lavoro che le indicate norme hanno di fatto avviato, mediante il recupero di spazi di autonomia finalizzati a definire sì le "*regole del gioco*" ma nel rispetto dei principi guida del nostro Ordinamento giuslavoristico ed entro i limiti che le stesse norme stabiliscono (ossia attraverso l'Accordo con le OOSS ovvero attraverso il ricorso all'istituto della certificazione ai sensi dell'art. 76 e segg. del D.Lgs. n. 276/2003).

3.

Il licenziamento per giustificato motivo

3.1 Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo

Chiarito il concetto di giusta causa e fatto un cenno anche agli spazi di regolamentazione delle “*regole del gioco*” che l’ordinamento giuridico attribuisce alle parti del rapporto di lavoro, veniamo ora ad analizzare la risoluzione del rapporto con preavviso, ai sensi dell’art. 2118 c.c., per motivi soggettivi.

Il licenziamento per giustificato motivo è disciplinato dall’art. 3 della legge n. 604/66, che ne individua due diversi tipi: quello derivante dall’inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore (giustificato motivo «*soggettivo*») e quello conseguente a cause legate a ragioni organizzative e/o produttive (giustificato motivo «*oggettivo*»).

Con specifico riferimento al licenziamento per giustificato motivo «*soggettivo*», si ritiene che esso debba consistere in un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali posto in essere dal lavoratore, e qualificato, sotto il profilo dell’elemento psicologico, quantomeno dalla colpa¹⁹.

Ai fini della legittimità del recesso, non si richiede che l’inadempimento del lavoratore abbia arrecato un danno al datore di lavoro.

Come già evidenziato, esso si distingue dal licenziamento per giusta causa, in quanto l’inadempimento non è così grave da rendere impossibile la prosecuzione provvisoria del rapporto di lavoro: per tale motivo, il datore di lavoro ha l’obbligo di dare il preavviso contrattualmente previsto prima di procedere con il provvedimento espulsivo.

Sul punto, la giurisprudenza ha, infatti, precisato che la differenza tra il giustificato motivo “soggettivo” e la giusta causa di recesso - di cui si è parlato in precedenza - è di tipo qualitativo, nel senso che la giusta causa è integrata da fatti di maggior gravità rispetto a quelli che identificano il giustificato motivo di licenziamento, i quali incidono, proprio con carattere di gravità, sul vincolo

19. Cass. 26 settembre 1995 n. 10187.

fiduciario²⁰. A tal riguardo, la Cassazione ha sostenuto che la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo del licenziamento costituiscono qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, l'uno con effetto immediato (art. 2119 c.c.) e l'altro con preavviso (art. 2118 c.c.); ne consegue che deve ritenersi ammissibile, ad opera del giudice ed anche d'ufficio, la valutazione di un licenziamento intimato per giusta causa come licenziamento per giustificato motivo soggettivo qualora, fermo restando il principio dell'immutabilità della contestazione, e persistendo la volontà del datore di lavoro di risolvere il rapporto, al fatto addebitato al lavoratore venga attribuita la minore gravità propria di quest'ultimo tipo di licenziamento, atteso che la modificazione del titolo di recesso, basata non già sull'istituto della conversione degli atti giuridici nulli di cui all'art. 1424 c.c., bensì sul dovere di valutazione, sul piano oggettivo, del dedotto inadempimento colpevole del lavoratore, costituisce soltanto il risultato di una diversa qualificazione della situazione di fatto posta a fondamento del provvedimento²¹.

Ancora, seguendo lo stesso principio, altra giurisprudenza ha affermato che, *“nel caso di giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento, i fatti addebitati devono rivestire il carattere di grave negazione degli elementi del rapporto di lavoro, ed in particolare dell'elemento fiduciario; la valutazione relativa alla sussistenza del conseguente inadempimento alla prosecuzione del rapporto deve essere operata con riferimento non già ai fatti astrattamente considerati, bensì agli aspetti concreti afferenti alla natura e alla qualità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, nonché alla portata soggettiva dei fatti stessi, ossia alle circostanze del suo verificarsi, ai motivi ed alla intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo e ad ogni altro aspetto correlato alla specifica connotazione del rapporto”*²².

In altri termini, l'elemento comune tra la giusta causa ed il giustificato motivo “soggettivo” è rappresentato da una situazione di patologia del rapporto che si traduce in un inadempimento che, a seconda della sua oggettiva consistenza, potrà legittimare il licenziamento del lavoratore con preavviso, nel caso in cui l'inadempimento è “notevole”, oppure senza preavviso, qualora l'inadempimento è intrinsecamente idoneo a richiedere un'immediata rottura del rapporto perché, di fatto, è irrimediabilmente compromesso il vincolo fiduciario.

In considerazione di quanto sopra, è ammessa la **conversione d'ufficio**, ad opera del giudice, di un licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo, qualora lo stesso giudice attribuisca al fatto addebitato

20. Cass. 13 maggio 2002, n. 6889 e Cass. 9 novembre 2000, n. 14551.

21. Cass. 3 novembre 2008 n. 26379.

22. Cass. 27 gennaio 2004 n. 1475.

tato al lavoratore la minore gravità propria del giustificato motivo soggettivo²³, “*purché*”, come ha precisato la giurisprudenza, “*non vengano mutati i motivi posti a base della iniziale contestazione e non si renda necessario l’accertamento di fatti nuovi e diversi da quelli adottati inizialmente dal datore di lavoro a sostegno del proprio recesso*”²⁴.

La previsione – da parte della contrattazione collettiva – di specifiche inadempienze del lavoratore, legittimanti l’irrogazione del licenziamento, non esime il giudice dalla necessità di accertare in concreto l’entità e la gravità delle infrazioni addebitate al dipendente e la proporzionalità tra le stesse e la sanzione inflitta. Anzi, la previsione del fatto tra le condotte punibili con una sanzione conservativa in base alle previsioni dei contratti collettivi o dai codici disciplinari, come previsto ora dal nuovo comma 4 dell’art. 18 L. n. 300/1970 potrebbe determinare anche la condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro – pur con il tetto massimo del risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perse dalla data del licenziamento a quella dell’effettiva reintegrazione in misura non superiore alle 12 mensilità. Tenendo conto proprio delle novità scaturite dalla riforma dell’art. 18, appare, quindi, ancora più rilevante, da questo punto di vista, la sperimentazione degli spazi di manovra che l’ordinamento giuridico attribuisce alle parti del rapporto di lavoro ai sensi del citato art. 30 L. n. 183/2010.

A mero titolo esemplificativo, secondo la giurisprudenza, costituiscono giustificato motivo soggettivo di licenziamento l’insubordinazione²⁵, l’aperta contestazione di direttive aziendali specialmente se accompagnata da modalità comportamentali dirette a contestare pubblicamente il potere direttivo del datore di lavoro;²⁶ l’abbandono del posto di lavoro²⁷, l’assenza ingiustificata²⁸, la violazione dell’obbligo di correttezza e fedeltà²⁹ e di non concorrenza³⁰, l’uso smodato del telefono aziendale³¹, la simulazione della malattia per svolgere altra attività lavorativa³².

È stato, invece, escluso che possa integrare il giustificato motivo soggettivo lo **scarso rendimento**, se non sia riconducibile a negligenza del lavoratore, e ciò in quanto quest’ultimo non è tenuto ad un risultato ma ad un “*facere*”³³.

23. Cass. 26 maggio 2001, n. 7185; più di recente Cass. 17 gennaio 2008 n. 837; Cass. 10 agosto 2007 n. 17604; Cass. 19 dicembre 2006 n. 27104; Cass. 4 giugno 2005 n. 12781

24. Cass. 14 giugno 2005 n. 12781; Cass. 20 giugno 2002, n. 9006; Cass. 30 luglio 1998 n. 7516.

25. Ossia il rifiuto ingiustificato della prestazione, cfr. Cass. 21 marzo 1996, n. 2453.

26. Cass. 16 febbraio 2000, n. 1752.

27. Cass. 24 luglio 1998, n. 7296.

28. Cass. 29 novembre 1999, n. 13352.

29. Cass. 8 giugno 2001, n. 7819.

30. Cass. 5 maggio 2000, n. 5629.

31. Cass. 10 luglio 2002, n. 10062.

32. Cass. 11 dicembre 2001, n. 15621.

33. Cass. 23 febbraio 1996, n. 1421.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione, infatti, “in relazione al cosiddetto scarso rendimento, il datore di lavoro che intenda farlo valere quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento non può limitarsi – neanche nei casi in cui il risultato della prestazione non è collegato ad elementi intrinsecamente aleatori – a provare il mancato raggiungimento del risultato atteso ed eventualmente la sua oggettiva esigibilità, ma è onerato della dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, quale fatto complesso alla cui valutazione deve concorrere anche l’ apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato, tra cui il grado di diligenza richiesto dalla prestazione e quello usato dal lavoratore, nonché l’incidenza dell’organizzazione d’impresa e dei fattori socio-ambientali”³⁴.

Ad esempio può essere licenziato per scarso rendimento il lavoratore che, nonostante i provvedimenti disciplinari inflittigli³⁵:

- non si adoperi per migliorare la sua già scarsa collaborazione, ma addirittura la peggiori, evitando qualunque relazione, sia pure verbale, con i suoi superiori e con i colleghi;
- sostituisca solitamente nei corridoi di servizio e nei bagni per un lasso di tempo superiore a quanto ragionevolmente ammissibile;
- esegua, nei brevi periodi durante i quali rimane in ufficio, il lavoro assegnatogli in modo approssimativo, frettoloso e poco corretto.

Spetta al datore di lavoro provare non solo il mancato raggiungimento del risultato o l’oggettiva sua esigibilità ma anche che la causa di esso derivi da colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell’espletamento della sua normale prestazione³⁶. Per altro verso, uno scarso rendimento incolpevole normalmente non giustifica il licenziamento ma potrebbe giustificarlo quando, pur incolpevole, esso superi la soglia di tollerabilità: tuttavia, in questo caso esso rileva come giustificato motivo oggettivo e ne segue la regolamentazione³⁷.

3.2 Intimazione del licenziamento

La forma del licenziamento è disciplinata, in via generale, dall’art. 2 della legge 15 luglio 1966, n. n. 604, così come risultante dalle modifiche introdotte dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, il quale prevede la **forma scritta ad substantiam** a pena di nullità. Non solo, per effetto delle modifiche apportate al citato art. 2 dall’art. 1, comma 37 della L. 28 giugno 2012, n. 92 la comunicazione del licenziamento deve ora contenere anche la specificazione dei motivi dello stesso che diviene, quindi contestuale.

34. Cass. 26 marzo 2010 n. 7398 e Cass. 10 novembre 2000, n. 14605.

35. Cass. 9 settembre 2003 n. 13194.

36. Cass. 17 settembre 2009 n. 20050.

37. Cass. 25 luglio 2003 n. 11556.

Pertanto, in virtù di tale disposizione normativa, il datore di lavoro non solo ha l'obbligo di comunicare il licenziamento al prestatore di lavoro per iscritto ma deve anche indicare subito i motivi del licenziamento non trovando più applicazione la previgente disciplina che prevedeva che la comunicazione dei motivi avvenisse solo a seguito di richiesta da parte del lavoratore formulata nel termine di quindici giorni dalla comunicazione del recesso³⁸.

In mancanza di forma iscritta, ossia in caso di licenziamento intimato oralmente, in base all'orientamento giurisprudenziale consolidato prima dell'entrata in vigore della L. n. 92/2012, ne derivava quale **conseguenza** l'inesistenza del provvedimento datoriale e, quindi, il diritto del lavoratore alla corresponsione di tutte le retribuzioni maturate fino alla riammissione in servizio, vista la inidoneità della dichiarazione verbale ad incidere sul rapporto di lavoro³⁹. A decorrere dall'entrata in vigore della L. n. 92/2012, ossia dal 18 luglio 2012 e per effetto delle modifiche apportate all'art. 18 L. n. 300/1970, in caso di licenziamento orale è prevista la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro in forma piena, ossia nelle modalità già previste prima della riforma Fornero e ora disciplinate nel comma 1 del citato art. 18.

Il licenziamento, in quanto atto recettizio, normalmente produce i suoi effetti nel momento in cui la dichiarazione di volontà del datore di lavoro giunge a conoscenza del lavoratore. Tuttavia, con la recente riforma tale principio subisce delle eccezioni. Infatti, in base a quanto previsto dall'art. 1, comma 41 della L. n. 92/2012, l'efficacia del licenziamento intimato all'esito per procedimento disciplinare ai sensi dell'art. 7 L. n. 300/1970 e l'efficacia del licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato all'esito della procedura di conciliazione obbligatoria ora prevista dall'art. 7 della L. n. 604/66, retroagisce al momento dell'invio della comunicazione di avvio del procedimento. Quindi, con riguardo al procedimento disciplinare al momento dell'invio della contestazione disciplinare e, con riferimento alla procedura di conciliazione prevista per il caso dei licenziamenti per motivi economici al momento dell'invio dell'istanza, da parte del datore di lavoro, alla Direzione territoriale del lavoro.

In merito, la giurisprudenza ha affermato che, in applicazione dell'art. 1335 cod. civ., il datore di lavoro è tenuto ad effettuare la propria comunicazione "*all'indirizzo del destinatario*", per tale ritenendosi il luogo più idoneo per la ricezione ovvero quello che, in base ad un criterio di collegamento ordinario (dimora o domicilio), o di normale frequenza (luogo di esplicazione dell'attività lavorativa), o per preventiva comunicazione dell'interessato, risulti in concreto nella sfera

38. Va ricordato che, a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 108/1990 alla indicata disposizione, l'obbligo della forma scritta – ma non quello della specificazione dei motivi, salvo diversa previsione da parte dei contratti collettivi di settore – sussiste anche con riferimento al licenziamento del dirigente. L'art. 2, comma 4 della L. n. 604/1966, stabilisce infatti che le disposizioni del comma 1 – non invece quelle del comma 2 appena modificato – si applicano anche ai dirigenti. Con riferimento alle particolarità del rapporto di lavoro con il dirigente e alla motivazione del licenziamento cfr. da ultimo Cass., sez. lav., 26 marzo 2012, n. 4797.

39. Cfr. sul punto Cass. 1 agosto 2007, n. 16955.

di controllo del destinatario⁴⁰. A favore del datore di lavoro opera, comunque, la presunzione per cui la dichiarazione si considera conosciuta quando è pervenuta all'indirizzo del lavoratore⁴¹, salvo che questi non dimostri di essersi trovato, senza propria colpa, nell'impossibilità di averne conoscenza, per circostanze eccezionali ed estranee alla sua volontà (come una improvvisa e grave malattia) che lo abbiano tenuto lontano dal luogo di destinazione della dichiarazione stessa ed abbiano interrotto in modo assoluto il suo collegamento (anche telefonico od epistolare) con tale luogo⁴².

Il datore di lavoro deve prestare particolare attenzione ai motivi che comunica in fase di intimazione del licenziamento: ciò in quanto vige il c.d. principio di immutabilità dei motivi del licenziamento, ovverosia al datore di lavoro è poi preclusa la possibilità di modificarli⁴³.

Laddove il datore di lavoro non adempia all'obbligo di motivazione del recesso (cui è equiparabile la comunicazione di motivi generici⁴⁴), il licenziamento dovrà essere dichiarato inefficace, con la conseguente applicabilità dello specifico regime sanzionatorio ora previsto dalla legge in tale ipotesi. È opportuno sottolineare che, su questo punto, la riforma delle disposizioni dell'art. 18 L. n. 300/1970 prevede ora conseguenze diverse dalla reintegrazione nel posto di lavoro in presenza di soli vizi formali connessi al licenziamento, quali il difetto di motivazione di cui all'art. 2 L. n. 604/1966 e la violazione della procedura di cui all'art. 7 L. n. 300/1970 in materia di procedimenti disciplinari, ovvero la violazione della nuova procedura di conciliazione preventiva prevista dalle modifiche apportate all'art. 7 della L. n. 604/1966.

Infatti, la legge prevede ora l'applicazione della sola tutela risarcitoria con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 18, comma 6 L. n. 300/1970). Qualora, tuttavia, venga - su domanda del lavoratore - riconosciuto dal giudice anche il difetto di giustificazione dell'intimato licenziamento, in luogo della sanzione appena ricordata potrà essere disposta, nei casi più gravi, la reintegrazione nel posto di lavoro (ma con il tetto del risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perse, entro un massimo di 12 mensilità), ovvero il pagamento, a titolo di risarcimento del danno, di un'indennità onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione.

Va, infine, ricordato, sul punto, che il datore di lavoro può procedere ad un

40. Cass. 23 dicembre 2002, n. 18272.

41. Cass. 23 aprile 1992 n. 4878, mentre nel caso di impiego del servizio postale cfr. Cass. 5 maggio 2009, n. 13087.

42. Cass. 24 febbraio 1987 n. 1976.

43. Cass. 12 gennaio 2005 n. 3245.

44. Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497.

secondo licenziamento sulla base degli stessi motivi posti a fondamento del precedente, qualora il primo sia stato inficiato da nullità o, comunque, inefficacia per vizi di carattere formale.

La rinnovazione del licenziamento precedentemente dichiarato invalido o inefficace, risolvendosi nel compimento di un negozio diverso dal precedente, produce l'effetto di risolvere il rapporto di lavoro *ex nunc*⁴⁵.

Per contro, la revoca del licenziamento, così come l'accettazione della stessa, non sono soggette a requisiti di forma, non essendo previsti vincoli formali da alcuna disposizione di legge⁴⁶. La riforma, a tal riguardo, disciplina solo le conseguenze da riconnettere alla revoca del licenziamento, purché effettuata nel termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro della impugnazione del medesimo. In questo caso, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità con diritto del lavoratore ad ottenere il pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate (art. 18, comma 10 L. n. 300/1970).

3.3 Il procedimento disciplinare

I licenziamenti derivanti da un inadempimento del lavoratore, sono considerati ontologicamente disciplinari. In altri termini, è disciplinare il licenziamento motivato da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore: in tal caso, è necessario rispettare la procedura di contestazione disciplinare di cui all'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori e ciò indipendentemente dalla circostanza che il fatto contestato rientri o meno fra quelli espressamente sanzionati dalla contrattazione collettiva.

Tale inadempimento potrà poi condurre, sul piano sostanziale, a seconda della gravità dei fatti addebitati, ad un licenziamento per giusta causa oppure ad un licenziamento per giustificato motivo soggettivo, spettando al giudice del merito il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione rispetto all'addebito contestato⁴⁷.

Come detto, ai fini della legittimità del licenziamento ed a presidio del diritto del dipendente a rendere le proprie giustificazioni in contraddittorio, è necessario che il datore di lavoro rispetti la specifica procedura prevista dall'art. 7 della L. n. 300/70 la quale consta delle seguenti fasi:

- affissione del codice disciplinare;
- contestazione immediata, specifica ed immodificabile degli addebiti;

45. Cass. 25 marzo 1992, n. 3701

46. Cass. 5 marzo 2008, n. 5929: *“la revoca del licenziamento non richiede la forma scritta atteso il principio per cui i negozi risolutivi degli effetti di atti che richiedono - come il licenziamento - la forma scritta non sono assoggettati ad identici requisiti formali in ragione dell'autonomia negoziale, di cui la libertà di forma costituisce, in mancanza di diversa prescrizione legale, significativa espressione. E parimenti libera, per le medesime ragioni, la forma dell'accettazione, da parte del lavoratore, della revoca del licenziamento, che può avvenire anche in forma tacita o presunta, ma il relativo accertamento presuppone una ricostruzione della volontà abdicativa, anche attraverso elementi indiziari ex art. 2729 c.c., in termini certi e idonei a consentire di attestare, in modo univoco, la volontà del lavoratore a rinunciare ad un diritto già entrato nel suo patrimonio.”*

47. Cass. 7 aprile 2004, n. 6823.

- giustificazioni del lavoratore entro 5 giorni;
- accoglimento delle giustificazioni o irrogazione del provvedimento.

Come tutte le contestazioni, anche questa deve contenere la specificazione degli addebiti nei loro essenziali elementi di fatto, in modo da consentire al dipendente di esercitare correttamente il proprio diritto di difesa.

La contestazione disciplinare, inoltre, deve essere comunicata dal datore tempestivamente e deve essere puntuale, in modo da consentire al lavoratore una efficace difesa in relazione ai fatti contestati⁴⁸.

Il giudice valuta discrezionalmente il carattere di tempestività della contestazione disciplinare, in base al diritto di difesa garantito *ex lege* al lavoratore e in base al comportamento datoriale secondo buona fede⁴⁹.

Nel caso in cui la condotta posta in essere dal lavoratore sia particolarmente grave sarà possibile prevedere nella lettera di contestazione anche una sospensione cautelare dalla prestazione di lavoro fino al termine del procedimento disciplinare.

Occorre precisare che in tale ipotesi il dipendente nel corso del periodo di sospensione avrà diritto alla regolare corresponsione della retribuzione, trattandosi, appunto di un provvedimento cautelare e non della sospensione prevista quale sanzione disciplinare.

Nei cinque giorni successivi al ricevimento della contestazione, il dipendente potrà fornire le proprie giustificazioni verbalmente, eventualmente chiedendo anche di essere assistito da un rappresentante sindacale, ovvero per iscritto.

Decorso tale termine il datore di lavoro potrà comminare il provvedimento disciplinare del licenziamento, qualificandolo, in relazione alle caratteristiche del caso concreto, come licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo. Nel caso in cui il lavoratore abbia pienamente esercitato il proprio diritto di difesa facendo pervenire al datore le proprie giustificazioni, senza manifestare alcuna esplicita riserva di ulteriori produzioni documentali o motivazioni difensive, il datore può legittimamente irrogare la sanzione anche disciplinare prima della scadenza del termine di cinque giorni⁵⁰.

Nella lettera di comminazione del licenziamento il datore di lavoro deve dar conto di avere preso in considerazione le giustificazioni del dipendente, ma non è tenuto a replicare puntualmente a tali giustificazioni, essendo sufficiente il richiamo alla lettera di contestazione e la precisazione che le giustificazioni rese dal dipendente sono state ritenute, a seconda dei casi, infondate e/o irrilevanti.

Vi è però un aspetto che differenzia il licenziamento disciplinare dalle mere sanzioni conservative, ed è quello relativo all'**affissione del codice disciplinare**. Quest'ultimo racchiude le norme disciplinari poste dalla contrattazione collettiva

48. Cass. 7 novembre 2003, n. 16754.

49. Cass. 17 dicembre 2003, n. 19350.

50. Cass. S.U. 7 maggio 2003, n. 6900.

nazionale o aziendale e può essere integrato dalle disposizioni e dai regolamenti interni, concordati in sede sindacale, diretti a identificare, in relazione alle specificità di un determinato settore o di una determinata produzione, i comportamenti specifici che possono dare luogo con carattere di gradualità alle diverse sanzioni disciplinari ed anche alla sanzione espulsiva. Accordi che, anche in base alle disposizioni del Collegato lavoro (art. 30, comma 2 e 3 della L. n. 183/2010), possono essere integrati da accordi individuali e da clausole inserite nei contratti individuali di lavoro i quali hanno valore a questi fini se certificati innanzi alle commissioni di certificazione istituite ai sensi degli artt. 75 e segg. D.Lgs. n. 276/2003.

Dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono che, poiché il potere di recesso deriva direttamente dalla legge, il datore di lavoro, in presenza di inadempimenti o comportamenti illegittimi posti in essere dal dipendente, può procedere al licenziamento anche se non è stato affisso il codice disciplinare, tale considerazione vale a maggior ragione nel caso di licenziamento intimato per giusta causa.

La Suprema Corte, infatti, ha affermato che *«in materia di sanzioni disciplinari, il principio, secondo cui l'onere di redazione e affissione del codice disciplinare non può estendersi a quei fatti il cui divieto risiede non già nelle fonti collettive o nelle determinazioni del datore di lavoro, bensì nella coscienza sociale quale minimo etico, è applicabile solo alle sanzioni disciplinari espulsive, per le quali il potere di recesso dell'imprenditore, in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, è tipizzato e previsto direttamente dalla legge, e non anche per le sanzioni cosiddette conservative, per le quali il potere disciplinare del datore di lavoro, solo genericamente previsto dall'articolo 2106 del cc, esige necessariamente, per il suo concreto esercizio, la predisposizione di una normativa secondaria, cui corrisponde l'onere della pubblicità, a norma dell'articolo 7 della legge 300/1970, che ha inteso conferire effettività, anche con riferimento alla comunità d'impresa, al principio nullum crimen, nulla poena sine lege»*.⁵¹.

Ciò a meno che il licenziamento si basi solo su specifici fatti e inadempimenti agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro che trovano la loro fonte esclusivamente nel codice disciplinare aziendale. In altre parole, l'onere di pubblicità del codice disciplinare si applica al licenziamento disciplinare soltanto se è intimato per una delle specifiche ipotesi di comportamento illecito, vietate o sanzionate con il provvedimento espulsivo, da norme della contrattazione collettiva o da quelle validamente poste dal datore di lavoro. L'onere non sussiste, invece, quando il datore contesta un comportamento che costituisce una violazione di una norma penale, o è contrario all'etica comune o concreta un grave o comunque

51. Cass. 13 settembre 2005 n.18130 ; Cass. 14 maggio 2002, n. 6974; conf. Cass. 7 aprile 2003, n. 5434; Cass. 9 agosto 2001, n. 10997, cit.; Cass., 16 giugno 2001, n. 6737; Cass., 21 novembre 2000, n. 14997; Cass., 20 ottobre 2000, n. 13906; Cass. 2 marzo 1995, n. 2414; da ultimo Cass. 1 settembre 2003 n. 12735. Nella giurisprudenza di merito Corte d'Appello di Milano, 10 luglio 2002; Trib. Milano, 10 dicembre 2002; Corte App. Milano 17 settembre 2007.

notevole inadempimento dei doveri connessi al rapporto di lavoro (diligenza, fedeltà...)⁵². In merito, la giurisprudenza ha sostenuto che è legittimo il licenziamento in caso di una interruzione del rapporto di lavoro dovuta ad una assenza prolungata ed ingiustificata - nel caso specifico quasi due mesi - non potendo, il lavoratore, appellarsi alla mancata affissione del codice disciplinare. La Suprema Corte ha evidenziato che l'obbligo della presenza rientra *tra i doveri fondamentali e non accessori del lavoratore con la conseguenza che la sua inosservanza, per essere sanzionata con il licenziamento, non abbisogna di essere portata a conoscenza del lavoratore non integrando la stessa una ipotesi particolare di esercizio, da parte del datore di lavoro, del potere di licenziamento essendogli questo, nel caso di specie, indipendentemente dal richiamo o dalla previsione di determinate analoghe condotte punibili con il recesso nella pattuizione collettiva, attribuito direttamente dalla legge*⁵³.

La legge prevede che il codice disciplinare deve essere portato conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti⁵⁴. Parte della giurisprudenza ritiene che sia possibile affiggere sia le norme disciplinari come tali, avulse dal contratto che le contiene, sia il contratto stesso⁵⁵: la pubblicizzazione di tale contratto riguarda anche i lavoratori non aderenti alle associazioni sindacali stipulanti⁵⁶. Altra parte di giurisprudenza ritiene, invece, più opportuna l'affissione della specifica normativa disciplinare, non potendosi considerare forma esaustiva di pubblicazione l'affissione dell'intero contratto collettivo, che non rende palesi, leggibili ed immediatamente identificabili gli illeciti sanzionati. Infatti, in tale fattispecie era stato affisso l'intero contratto collettivo, ma mancava una indicazione specifica delle infrazioni disciplinarmente rilevanti ed era del tutto carente l'individuazione dei criteri di relazione tra infrazioni e sanzioni⁵⁷.

È ovvio che l'affissione deve essere in atto al momento della commissione dell'infrazione, non essendo sufficiente che essa sia protratta per un certo periodo di tempo antecedente⁵⁸. Pertanto, la mancanza di tale affissione non può essere validamente sanata con una affissione successiva.

Spetta al datore di lavoro fornire la prova dell'avvenuta ed ininterrotta affissione del codice disciplinare.

52. Cass. 7 febbraio 2011 n. 2970; Cass. 4 marzo 2009 n. 5214.

53. Cass. 29 febbraio 2012 n. 3060; Cass. 14 maggio 2002, n. 6974.

54. Cass. 24 maggio 1999 n. 5044.

55. Cass. 3 ottobre 2007 n. 20733.

56. Cass. 9 aprile 1999 n. 2940.

57. Pretura Milano 22 giugno 1994.

58. Cass. 3 maggio 1997 n. 3845.

3.4 Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

La previsione, nel contesto della recente Riforma del mercato del lavoro (legge 28 giugno 2012, n. 92) e della revisione delle disposizioni dell'art. 18 legge n. 300/1970 di specifiche conseguenze in caso di accertamento della illegittimità del recesso dal rapporto di lavoro **per motivi di natura economica** impone di ripercorrere la disciplina prevista dalla legge per le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nozione fornita dalla legge (art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604) alla quale è possibile ricondurre, secondo l'elaborazione che nel tempo è stata fatta dalla giurisprudenza anche fattispecie che abbiano quale presupposto del recesso una diversa organizzazione finalizzata anche al contenimento dei costi dell'impresa, quindi motivazioni oggettive di natura economica⁵⁹. La norma prevede, infatti, che *«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 e al regolare funzionamento di essa»*. Pertanto, dalla definizione legislativa si evince che esso avviene a causa di vicende e/o eventi che, incidendo sulla realtà aziendale in cui il lavoratore è inserito, cagionano l'effettiva esigenza del datore di lavoro di porre fine al rapporto di lavoro.

Come anche avviene nel caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il licenziamento di cui trattasi deve essere effettuato con preavviso ai sensi dell'art. 2118 c.c. il quale recita *«ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità»*.

In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso.

La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro».

Nella nozione rientrano, quindi, secondo la dottrina maggioritaria⁶⁰ e tenendo conto della casistica che nel tempo è stata identificata e definita dalla giurisprudenza, tutte le ipotesi di giustificato motivo che fanno capo al datore di lavoro, per le quali diviene inevitabile la riduzione- non collettiva - del personale.

Ne consegue che alla relativa fattispecie sono riconducibili, ad esempio, diverse ipotesi di riassetto organizzativo per una più economica gestione dell'impresa⁶¹, la modifica dell'organizzazione del lavoro mediante l'introduzione di

59. Cfr. Cass. 18 agosto 2004.

60. Cfr. L. Calcaterra, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Napoli 2008; G. Pera, *Il licenziamento nell'interesse dell'Impresa*, Atti AIDLASS 1968.

61. Cass. 17 maggio 2003, n. 7750; Cass. 18 agosto 2004, n. 16163; Cass. 24 febbraio 2005, n. 3848; Cass. 14 giugno 2005, n. 12769; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282; Cass. 22 agosto 2007 n. 17787; Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648.

nuove macchine⁶², la informatizzazione dei servizi⁶³, la riduzione del numero dei dipendenti⁶⁴ ma anche la cessazione dell'attività produttiva⁶⁵, la fine lavori in un cantiere⁶⁶, la chiusura di una filiale⁶⁷ o di un reparto⁶⁸, con i limiti che tali ltime fattispecie determinano dal punto di vista della prova datoriale di non poter impiegare il dipendente altrove (*c.d.* onere di *repechage* come meglio si dirà più avanti). Ma anche l'esigenza di raggiungere una migliore efficienza produttiva anche attraverso la redistribuzione delle attività sia all'interno del reparto o settore interessato dalla riorganizzazione, sia direttamente in capo allo stesso imprenditore⁶⁹, non essendo, peraltro, necessario, ai fini della configurabilità del giustificato motivo, che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite⁷⁰. In pratica, secondo la giurisprudenza, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo può derivare sia da ragioni di mercato che attengono a motivi estranei alle scelte imprenditoriali e che sono quindi, in senso stretto, produttivi, sia da ragioni che conseguono direttamente da riorganizzazioni e ristrutturazioni operate dall'imprenditore. Va, tuttavia, considerato che, sempre secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, il licenziamento giustificato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra l'ipotesi del riassetto organizzativo, attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il Giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa. Ne consegue che, secondo consolidata giurisprudenza⁷¹, non è sindacabile dal Giudice nei suoi profili di congruità e opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo, del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato. Infatti,

62. Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554.

63. Cass. 14 giugno 2005, n. 12769, cit. 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 anche 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 di impresa; occorre peraltro 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.

64. Cass. 11 giugno 2004, n. 11124.

65. Cass. 3 ottobre 1996, n. 8670.

66. Cass. 22 ottobre 2008, n. 22417.

67. Cass. 19 febbraio 2008, n. 4068.

68. Cass. 18 marzo 2009, n. 6552.

69. Cass. 18 aprile 1991, n. 4164.

70. Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282 cit. e sul punto anche Tribunale di Milano 20 gennaio 2009, per il quale «è legittimo il licenziamento intimato per la chiusura della filiale presso la quale prestava la propria 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 di lavoro 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».

71. Cfr. *ex plurimis* Cass. 29 novembre 2004, n. 22464.

la soppressione del posto di un lavoratore costituisce, di per sé, un valido motivo oggettivo di licenziamento, sempre che risultino l'effettività e la non pretestuosità della decisione datoriale inerente il riassetto organizzativo operato⁷².

In merito a tale ultimo punto va segnalato che la recente Legge di Riforma del Mercato del lavoro ha voluto prevedere una modifica diretta all'art. 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183 la quale aveva voluto introdurre un richiamo esplicito all'autonomia organizzativa del datore di lavoro che trova fondamento, altresì, nell'art. 41 Cost.. E ciò nell'intento di sottolineare l'autonomia della decisione datoriale che non può subire valutazioni nel merito, in sede giudiziale. La nuova disposizione stabilisce ora 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 di impugnazione per violazione di norme di diritto*».⁷³

Con riferimento specifico alla soppressione del posto, la giurisprudenza si è trovata nel tempo ad affrontare fattispecie diverse che possono essere così riassunte:

1. soppressione totale della posizione lavorativa;
2. soppressione parziale della posizione lavorativa con accorpamento delle mansioni residue ad altra posizione;
3. soppressione totale della posizione lavorativa con redistribuzione di tutte le funzioni in altre posizioni lavorative. In questo caso, parte della giurisprudenza ha ritenuto tale ipotesi non legittima sul presupposto che, ai fini della configurabilità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo è necessario che una parte dei compiti – quella prevalente – prima svolti dal lavoratore licenziato venga effettivamente soppressa.

Tuttavia, nel rispetto del principio di insindacabilità delle scelte datoriali, ai sensi dell'art. 41 Cost., costantemente riaffermato dalla giurisprudenza e nella valutazione dei presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, assumono particolare importanza i requisiti della “*effettività della causale*” e la dimostrazione, da parte del datore di lavoro, del nesso di causalità tra i motivi di licenziamento e il recesso. Sul punto, si sono venuti a contrapporre due diversi orientamenti determinanti, tra l'altro, per comprendere anche i confini delle operazioni di riorganizzazione legittimanti, secondo la giurisprudenza, il recesso.

In base al primo orientamento, particolarmente sensibile al principio del rispetto della libertà di organizzazione del datore di lavoro sancito dall'art. 41 Cost. «*in caso di riorganizzazione o ristrutturazione aziendale, ferma la necessità della prova della effettività del relativo processo, è legittima ogni ragione, in senso economico, che lo abbia determinato, non escluse le esigenze di mercato o il*

72. Cass. 2 febbraio 2012, n. 1461; Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648; Tribunale di Forlì 2 novembre 2009; Tribunale di Piacenza 2 marzo 2009.

73. Cfr. sul punto anche A. Vallebona, *La Riforma del lavoro*, 2012, cit.

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». (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto sussistente il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consistente nella terziarizzazione dei servizi cui era addetta la lavoratrice licenziata)⁷⁴.

Secondo altro orientamento, invece, la motivazione della riorganizzazione rende legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo solo se originata da situazioni economiche sfavorevoli. Infatti, *«nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento è riconducibile anche l'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva. (Fattispecie relativa al licenziamento di vari dipendenti da parte di una casa di cura in conseguenza della notevolissima riduzione delle degenze dipendente dalla esclusione delle prestazioni fisioterapiche dal novero di quelle assicurate dal servizio sanitario nazionale)»⁷⁵.*

In realtà, è proprio in forza dell'orientamento appena segnalato che la giurisprudenza è giunta a meglio definire il principio della *“effettività della causale”*. Stando, infatti, all'orientamento da ultimo segnalato, in definitiva, *«nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento è riconducibile anche l'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, imponendo un'effettiva necessità di riduzione dei costi. Tale motivo oggettivo è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il Giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., mentre al Giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, con la conseguenza che non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il lavoratore licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato, non essendo, peraltro, necessario, ai fini della configurabilità del giustificato motivo, che vengano sopresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al la-*

74. Cass. 11 aprile 2003, n. 5777; Cass. 9 luglio 2001, n. 9310; Cass. 23 giugno 1998, n. 6222. Cfr. anche Cass. 21 novembre 2011, n. 24502.

75. Cass. 18 novembre 1998, n. 11646; Cass. 29 marzo 1999, n. 3030; Cass. 24 giugno 1994, n. 6067.

voratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite»⁷⁶.

Ciò significa, in definitiva, che l'imprenditore resta libero di assumere tutte le determinazioni più opportune per la gestione dell'impresa, purché tali scelte siano verificabili nella loro effettività da parte del Giudice ai fini della reale sussistenza del nesso causale esistente tra l'esigenza organizzativa e il provvedimento di licenziamento⁷⁷. Come già anticipato sopra, ciò è stato ribadito anche recentemente dal Legislatore. Infatti, l'art. 30, comma 1, del c.d. Collegato lavoro - legge n. 183/2010 -, ha espressamente previsto che, nell'applicazione delle clausole generali contenute nelle diverse norme di legge, ivi comprese quelle in materia di recesso, il controllo giudiziale deve essere limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'Ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive proprie del datore di lavoro. La violazione di tale previsione costituisce ora motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto⁷⁸.

In altri termini, in tema di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, non è sindacabile, nei suoi profili di congruità e opportunità, la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempreché risulti l'oggettività e non la pretestuosità del riassetto organizzativo operato e della scelta del dipendente *de qua*.

3.4.1 Licenziamento individuale plurimo per ragioni oggettive

Appare utile sottolineare la distinzione tra il licenziamento individuale plurimo e il **licenziamento collettivo**, quando ad essere interessate dal provvedimento siano più posizioni lavorative. Si tratta di istituti ontologicamente riconducibili alla medesima categoria del licenziamento per ragioni oggettive, ma la **differenza**, stando all'orientamento giurisprudenziale prevalente⁷⁹, è di tipo dimensionale/quantitativo in quanto, per l'implementazione della procedura di licenziamento collettivo è necessario che l'azienda integri determinati requisiti dimensionali minimi ed intenda effettuare almeno cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni. Infatti, in tale situazione l'imprenditore può procedere ad effettuare licenziamenti individuali plurimi per dare all'azienda un diverso assetto organizzativo

76. Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282 e Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648.

77. Cfr. Cass. 29 marzo 1999, n. 3030.

78. Cfr. sul punto le modifiche apportate al comma 1 dell'art. 30 legge n. 183/2010 dall'art. 1, comma 43 della legge 28 giugno 2012, n. 98. Cfr. anche Cass. 7 aprile 2010, n. 8237 e Cass. 16 febbraio 2012, n. 2250.

79. Cfr. Cass. 2 aprile 2000, n. 4307: «Dopo l'entrata in vigore della legge n. 223 del 1991 il discrimine tra licenziamenti collettivi e 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; pertanto, non assume rilievo ai fini di individuare nella fattispecie un licenziamento collettivo l'indagine circa uno stabile e non generico ridimensionamento aziendale».

per esternalizzare un segmento o una fase del proprio ciclo produttivo ovvero procedere ad una modernizzazione del lavoro sostituendo la forza lavoro con macchine o impianti. Infatti, la giurisprudenza ha da tempo individuato la nozione del c.d. licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo nella necessità di ristrutturare reparti o servizi dell'azienda, comportante la soppressione di determinati posti di lavoro. A fronte di tale presupposto, la ragione giustificante la scelta si ricava sulla base delle mansioni svolte dai dipendenti coinvolti in quanto correlate all'esigenza di ristrutturazione, fermo rimanendo che diversamente dall'ipotesi del licenziamento collettivo i lavoratori interessati non possono invocare situazioni personali per ottenere che la scelta del licenziamento cada su altro soggetto. Nella situazione così considerata il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate a effettive ragioni di carattere produttivo e organizzativo⁸⁰.

In caso di licenziamento collettivo per riduzione o trasformazione o cessazione dell'attività, la norma (art. 24 della legge n. 223/1991) prevede l'avvio della procedura nel caso in cui si tratti di effettuare, a tale titolo, più di cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia. Il momento di verifica del citato requisito numerico è da ravvisarsi all'atto di attivazione della procedura, indipendentemente quindi dalla circostanza che, nelle more della procedura, il numero iniziale delle dichiarate eccedenze venga ridotto e si proceda dunque all'intimazione di un minor numero di licenziamenti⁸¹ (in merito alla procedura per l'effettuazione del licenziamento collettivo, si precisa che la legge di riforma del mercato del lavoro ha previsto alcune modifiche⁸²).

80. Cass. 27 aprile 1991 n. 4688.

81. Cfr. sul punto Corte d'Appello di Milano 31 ottobre 2008.

82. Infatti, la legge n. 92/2012 ha previsto delle modifiche all'art. 4 legge n. 223/1991. In particolare:

- la comunicazione dell'elenco dei lavoratori collocati in mobilità, che l'impresa deve effettuare nei confronti di determinati soggetti pubblici, non deve più avvenire contestualmente al recesso (come prevedeva l'art. 4, comma 9, della legge n. 223/1991), bensì entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi, a ciascuno dei lavoratori interessati. Mediante l'inserimento di un comma aggiuntivo all'art. 4, comma 12, gli eventuali vizi della comunicazione preventiva alle rappresentanze sindacali aziendali e alle rispettive associazioni di categoria – con la quale inizia la procedura di licenziamento collettivo in esame – possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito dell'accordo sindacale concluso nel corso della medesima procedura.

La legge n. 92/2012 ha previsto, inoltre, modifiche art. 5 legge n. 223/1991:

Qualora il recesso sia intimato senza l'osservanza della forma scritta si applica il regime sanzionatorio di cui al primo comma del novellato art. 18, consistente nella tutela reale piena.

Qualora, il recesso sia intimato senza il rispetto della procedura sindacale prevista dall'art. 4 della legge n. 223/1991, si applica la tutela prevista per i licenziamenti economici dal nuovo testo dell'articolo 18, settimo comma, dello Statuto dei lavoratori.

Qualora, infine, il recesso sia intimato violando i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, come elencati dall'art. 5 della legge n. 223/1991, si applica la tutela reale prevista per i casi più gravi di licenziamenti disciplinari illegittimi dal nuovo testo dell'art. 18, quarto comma, dello Statuto dei lavoratori.

Viene previsto, inoltre, che in tali ipotesi, ai fini dell'impugnazione dei recessi, devono trovare applicazione le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge n. 604/1966 (come risultante dopo le modifiche apportate dalla legge n. 183/2010 Collegato lavoro) che prevede che il licenziamento debba essere impugnato entro 60 giorni dalla sua comunicazione per iscritto, e che nei successivi 180 giorni, debba essere depositato il ricorso.

In merito alla differenza tra le due tipologie di licenziamento, la più recente giurisprudenza ha affermato 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 specificatamente 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. 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 cinque 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*»⁸³.

Sempre sotto il profilo del requisito numerico, si evidenzia che, secondo il più accreditato orientamento giurisprudenziale, le dimissioni (quand'anche incentivate), così come, le risoluzioni consensuali del rapporto di lavoro, sono irrilevanti ai fini dell'integrazione del numero minimo di cinque licenziamenti richiesti dalla norma, stante che le dimissioni e le risoluzioni consensuali, non sono giuridicamente comparabili al licenziamento. Infatti, le dimissioni costituiscono un atto volontario del lavoratore, le risoluzioni consensuali un atto negoziale riferibile alla volontà di entrambe le parti, mentre il licenziamento costituisce, come a tutti noto, un atto unilaterale del datore di lavoro.

Andrebbe invece computato ai fini dell'integrazione del requisito numerico dei cinque licenziamenti, secondo la giurisprudenza di merito⁸⁴, il recesso intimato al lavoratore per ragioni oggettive ancorché successivamente revocato⁸⁵.

Riassumendo, quindi, può dirsi che nel licenziamento collettivo, attraverso l'assolvimento degli obblighi di comunicazione preventiva e di confronto sindacale, il potere di licenziare del datore di lavoro, anche per i connessi risvolti di ordine sociale, incontra dei limiti procedurali, mentre nel caso del licenziamento individuale plurimo l'Ordinamento appresta la propria tutela *ex post*, mediante il giudizio che venga instaurato a tutela dell'interesse del singolo lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. In questo caso, come già detto, il potere di licenziare individualmente incontra un limite sostanziale nell'effettività delle ragioni organizzative e tecnico produttive e nella prova del nesso causale tra la decisione datoriale e il provvedimento adottato.

83. Cass. 22 novembre 2011, n. 24566.

84. Tribunale di Milano 19 agosto 2006.

85. Per una più ampia trattazione della distinzione tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale plurimo per motivo oggettivo si veda F.Rotondi, *I licenziamenti collettivi*, Milano, 2012.

In tale ambito e proprio con riferimento alla valutazione del nesso causale, anche nel licenziamento individuale plurimo, così come nei licenziamenti collettivi, la scelta dei lavoratori da licenziare è sicuramente tra le questioni affrontate dalla giurisprudenza, quella di maggiore rilevanza.

In caso di licenziamento individuale plurimo, laddove l'esubero sia riferibile ad una collettività di lavoratori svolgenti medesime mansioni o comunque mansioni fungibili, parte della giurisprudenza richiede, ai fini dell'individuazione dei lavoratori da licenziare, l'applicazione in via analogica dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991: *«I criteri di scelta del lavoratore da licenziare dettati dall'art. 5 della legge n. 223/1991 (in particolare il profilo professionale del lavoratore e le sue condizioni socio – familiari) sono analogicamente applicabili al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, purché sussista la specifica impugnazione da parte del lavoratore del mancato rispetto dei criteri di scelta, non essendo sufficiente la sola impugnazione del licenziamento. In ogni caso, rimane fermo il principio per cui ricade sul datore di lavoro l'onere di provare anzitutto la reale sussistenza del motivo addotto per il licenziamento»*⁸⁶.

Altro orientamento giurisprudenziale richiede invece, ai fini di cui sopra, l'applicazione dei criteri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c. che si estrinsecano nella necessità che l'individuazione dei lavoratori da licenziare avvenga senza scopi discriminatori e/o sia dettata da motivazioni soggettive. In tale ambito, tuttavia, è possibile ricondursi alla valutazione dei criteri di cui all'art. 5, quale criterio guida non vincolante⁸⁷.

3.4.2 Obbligo di repacehage

Nella valutazione del principio di effettività e con riferimento alla verifica della sussistenza del nesso causale tra il provvedimento di licenziamento e le ragioni giustificatrici dello stesso, grande rilevanza ha poi il criterio, c.d. del *repacehage* in forza del quale il datore di lavoro, prima di adottare il provvedimento espulsivo, deve comunque tentare di ricollocare in ambito aziendale il lavoratore coinvolto. Infatti, ricapitolando anche quanto detto sopra, il datore di lavoro, in

86. Tribunale di Monza 22 settembre 2009, n. 478, in GL 2009, 44, 29. Senza entrare nel merito della disciplina dei licenziamenti collettivi, va ricordato che la legge (art. 5 legge n. 223/1991) identifica dei criteri di scelta dei lavoratori che sono tassativi e in concorso tra loro. Essi sono:

- i carichi di famiglia;
- l'anzianità;
- le esigenze tecnico-produttive ed organizzative.

87. Cfr. anche Tribunale di Milano 17 dicembre 2007; Tribunale di Torino 18 febbraio 2005; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, la quale afferma che *«la scelta del dipendente (o 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, quindi anche il recesso di esse. In questa situazione si pone allora il problema di individuare n 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 così potrà farsi riferimento, in via analogica, ai criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità ...»*.

base alla disposizione civilistica di cui all'art. 2697 c.c. e all'art. 5 della legge n. 604/1994, è gravato dall'onere probatorio, ossia deve fornire la prova della sussistenza del giustificato motivo oggettivo. Tale onere consta di una prova positiva che attiene al nesso causale tra le ragioni di carattere produttivo-organizzativo ed il licenziamento e una negativa che attiene al c.d. *repechage*, ossia la prova di non aver potuto utilizzare il dipendente in un'altra posizione organizzativa compatibile con la posizione rivestita dal lavoratore: prova che deve essere fornita al momento del licenziamento⁸⁸.

In base a tale principio e secondo un certo orientamento giurisprudenziale, il provvedimento di licenziamento finisce per caratterizzarsi come l'unico provvedimento possibile, adottabile quale *extrema ratio* e solo qualora non vi sia altra possibilità di ricollocare il dipendente coinvolto in altre attività⁸⁹. Per tale ragione, in più occasioni la giurisprudenza ha riconosciuto la illegittimità del licenziamento ad esempio per la chiusura di una sede periferica⁹⁰, per chiusura delle attività presso un cantiere⁹¹ perché non era stata adeguatamente dimostrata da parte del datore di lavoro la impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili⁹², anche inferiori⁹³. Va tuttavia tenuto presente che, qualora l'ambito aziendale di riferimento sia incerto per la mancata rilevanza giuridica dei rapporti di gruppo o perché si faccia riferimento ad una struttura societaria internazionale, il criterio appena enunciato può ricevere delle attenuazioni. Infatti, *«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 di lavoro non può estendersi ad altre società sia pure facenti parte dello stesso gruppo, il quale ha soltanto rilievo economico ma non giuridico»*⁹⁴. E ancora, altra giurisprudenza ha sostenuto che *«al fine del c.d. onere di repechage nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'onere spettante al datore di lavoro deve essere mantenuto entro criteri di ragionevolezza, sicché nel caso di una struttura societaria internazionale, questa non può essere tenuta a fornire prova di incollocabilità anche al di fuori dei confini italiani. Pertanto le condizioni di ricollocazione devono fare riferimento solo alle strutture italiane anche perché, in generale, la nostra legislazione non può che avere riguardo normalmente ai fenomeni giuridici realizzatisi nel territorio nazionale, questi solo avendo rilevanza per il diritto italiano che non si interessa*

88. Cass. 14 luglio 2005, n. 14815.

89. Cass. 17 novembre 2010, n. 23222 e Cass. 26 marzo 2010, n. 7381.

90. Tribunale di Milano 20 dicembre 2001.

91. Tribunale di Pordenone 24 giugno 2005, n. 134.

92. Cfr. Tribunale di Milano 16 luglio 2008.

93. Cass. 13 agosto 2008, n. 21579.

94. Tribunale di Milano 20 febbraio 2002. Cfr. anche Cass. 16 maggio 2003, n. 7717.

delle situazioni giuridiche straniere (...)»⁹⁵.

In merito, si segnala, tuttavia, che giurisprudenza recente ha affermato 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»*⁹⁶.

Grava, comunque, sul datore di lavoro sia l'onere di provare l'effettività del licenziamento sia l'onere di provare la impossibilità di ricollocare diversamente il dipendente licenziato⁹⁷, ma, come precisato anche recentemente dalla giurisprudenza, la prova non deve essere intesa in senso rigido, richiedendosi al lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile *repechage*, mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli avrebbe potuto essere utilmente ricollocato⁹⁸. Infatti, il lavoratore, nell'opporvi al licenziamento determinato da una legittima riduzione di personale, ha l'onere di fornire la prova della possibilità per l'azienda di una sua diversa utilizzazione, precisando in quale posto (ovviamente scoperto) questa possa avvenire ed articolando i relativi mezzi di prova. Tale distribuzione dell'onere probatorio si giustifica anche in funzione della semplicità del suo assolvimento da parte del lavoratore, cui è sufficiente indicare il posto nel quale possa essere ricollocato e, per contro, la estrema difficoltà per il datore di lavoro di assolvere all'onere contrario, comportante l'esame di tutti i posti di lavoro simili nell'azienda, nonché in forza del criterio usuale in tema di prova, secondo cui i fatti positivi vanno provati da chi li afferma⁹⁹.

Per contro, qualora dalla prova fornita dal datore di lavoro emerga la debolezza dello stesso nesso di causalità tra il provvedimento espulsivo e la ragione organizzativa, anche l'onere di allegazione connesso al rispetto dell'obbligo di *repechage* potrà essere attratto nella motivazione principale di ingiustificata del licenziamento. È quanto è avvenuto, ad esempio, in un caso affrontato recentemente dalla Cassazione: *«ove il datore di lavoro, a giustificazione del licenziamento, adduca, con valutazione rientrante nell'esercizio della libertà di iniziativa economica non sindacabile in sede giudiziaria, la necessità di sopprimere un posto di lavoro, incombe sul medesimo datore di lavoro l'onere di provare l'impossibilità di assegnare il lavoratore licenziato ad altro posto, con riguardo alla sua capacità professionale ed alle caratteristiche dell'intera azienda, e non soltanto del reparto soppresso, anche attraverso fatti positivi, tali da determinare presunzioni semplici (come il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo periodo non vi siano state nuove assunzioni nella stessa qualifica del*

95. Tribunale di Milano 17 novembre 2004.

96. Cass. 15 luglio 2010, n. 16579.

97. Cfr. Cass. 14 giugno 1999, n. 5893; Cass. 14 giugno 2005, n. 12769.

98. Cfr. Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417.

99. Cass. 18 marzo 2005, n. 5920 e con riferimento all'onere, da parte del lavoratore, di manifestare l'interesse alla ricollocazione già al momento dell'impugnazione del licenziamento Cass. 16 marzo 2010, n. 6338.

lavoratore licenziato ovvero l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che prima svolgeva)»¹⁰⁰. Nel caso di specie, si trattava di un'azienda di grandi dimensioni, una grossa Agenzia di Viaggi, la quale, licenziando un dipendente addetto al settore fiscale per soppressione del posto, veniva condannata in secondo grado alla reintegrazione, per non aver provato l'impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni analoghe a quelle precedentemente svolte. In questo caso, la valutazione delle diverse mansioni che possano essere svolte dal lavoratore tocca un aspetto organizzativo che è onere del datore di lavoro provare proprio a fondamento del provvedimento di licenziamento adottato¹⁰¹.

Significativo, nel caso segnalato, è quanto viene affermato in ordine alla rilevanza delle risultanze istruttorie che sostengono il giudizio di congruità del Giudice di merito e cioè che sia onere del datore di lavoro considerare e provare di avere valutato anche le capacità professionali del dipendente in riferimento alle caratteristiche dell'intera azienda, e non limitatamente al reparto soppresso soprattutto in un caso, come quello di specie, in cui, oltre alla circostanza di aver provveduto a nuove assunzioni con la stessa qualifica del lavoratore licenziato, non si era data sufficiente prova di avere tenuto conto anche delle effettive concrete capacità professionali, ivi incluso il grado di istruzione del singolo lavoratore, proprio al fine di potere utilmente utilizzare in altro reparto la sua specifica professionalità. L'elevato grado di istruzione dell'impiegato licenziato, lo rendeva utilizzabile anche in altri settori, diversi da quello degli affari fiscali cui era stato in precedenza addetto.

Sempre in merito al c.d. *repechage*, giurisprudenza recente, nel dichiarare legittimo un licenziamento giustificato da un'informatizzazione di un'azienda in crisi che ha portato ad un risparmio di tempo e denaro grazie alla riduzione del classico lavoro manuale d'ufficio, ha sostenuto che, nel caso in cui l'azienda faccia parte di un gruppo, per poter fruire del *repechage* in relazione all'intero gruppo, spetta al lavoratore individuare e segnalare specificatamente in quale delle società del gruppo avrebbe potuto essere utilmente impiegato e con quali mansioni¹⁰².

Volendo riassumere quanto sopra detto, l'azienda prima di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve dimostrare che:

- non vi sono altre possibilità di evitare la risoluzione del rapporto se non quella, vietata dalla legge, di adibire il lavoratore ad una mansione dequalificante rispetto a quella dallo stesso esercitata prima della ristrutturazione aziendale

100. Cass. 26 marzo 2010, n. 7381.

101. Tribunale di Milano 27 dicembre 2001 «*per osservare l'obbligo di repechage che pure su di lui grava, il datore di lavoro non può esimersi dal seguire i criteri di maggiore razionalità nel modificare l'assetto organizzativo del lavoro, così che il licenziamento del lavoratore possa risultare, in sede di controllo giurisdizionale, effettivamente l'estrema ratio per l'assoluta impossibilità di impiego del dipendente anche solo in mansioni inferiori*».

102. Cass. 8 marzo 2012, n. 3629.

(art. 2103 c.c.)¹⁰³. Tuttavia, qualora il lavoratore abbia accettato - prima del licenziamento - di essere adibito anche a mansioni inferiori, la verifica deve ricomprendere anche quest'ultime¹⁰⁴;

- i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti erano, al tempo del recesso, stabilmente occupati;
- dopo il licenziamento, e per un congruo periodo¹⁰⁵, non è stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica¹⁰⁶.

In caso di licenziamento per motivi economici, la riforma prevede in base al nuovo testo dell'art. 18 legge n. 300/1970 (commi 4 e 7), così come avviene nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, che la reintegrazione potrà essere disposta dal Giudice (quindi come mera possibilità) unicamente nell'ipotesi in cui sia accertata la *manifesta insussistenza* del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In tal caso il Giudice potrà annullare il licenziamento, ordinando la reintegrazione del lavoratore ed il pagamento di una indennità risarcitoria commisurata alle retribuzioni perse dal momento del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione ma in misura massima, ossia in un importo fino a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, dedotto l'*aliunde perceptum o percipiendum*.

La medesima sanzione trova applicazione anche nell'ipotesi in cui venga riconosciuta l'infondatezza delle ragioni poste a fondamento del licenziamento nei casi di inidoneità fisica o psichica del lavoratore (artt. 4, comma 4 e 10, comma 3, legge n. 68/1999) nonché nell'ipotesi in cui il licenziamento è stato intimato nel periodo di tutela prevista dall'art. 2110 c.c..

La norma di cui all'art. 18, comma 7, come modificato dalla L. n. 92/2012 precisa, poi, che «negli altri casi» di licenziamento ingiustificato - e cioè quelli in cui il licenziamento non sia manifestamente infondato pur nella ritenuta illegittimità e/o ingiustificatezza del medesimo - e ferma restando la risoluzione del rapporto di lavoro, resterà unicamente la sanzione della condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, compresa tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenuto conto delle dimensioni dell'impresa, dell'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, delle iniziative assunte da questi per la ricerca di altra occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della nuova procedura di conciliazione preventiva - obbligatoria - prevista dall'art. 7 legge n. 604/1966 da svolgersi presso la competente Direzione Territoriale del lavoro nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo disposto da azienda avente i requisiti dimensio-

103. Cass. 20 agosto 2003, n. 12270.

104. Cass. 18 marzo 2009, n. 6552.

105. 6 mesi: art. 15 legge n. 264/49.

106. Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040.

nali previsti dall'art. 18 legge n. 300/1970.

Qualora nel corso del giudizio emerga che il licenziamento sia stato determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari potranno trovare applicazione le nuove previsioni della norma previste per tali eventualità, ossia la previsione della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dei nuovi commi 1, 2, 3 ovvero 4 dell'art. 18 legge n. 300/1970.

3.4.3 Procedura di conciliazione preventiva per il caso di licenziamenti economici

Come già accennato, un significativo elemento di novità apportato dalla riforma del mercato del lavoro (legge n. 92/2012) è la previsione di una procedura di conciliazione preventiva nelle ipotesi di licenziamento per motivi economici, qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18, comma 8, legge n. 300/1970 (oltre i 15 dipendenti). Infatti, non si potrà procedere a tale tipologia di licenziamento, senza aver preventivamente ed obbligatoriamente effettuato un'apposita comunicazione alla Direzione Territoriale del Lavoro territorialmente competente. In particolare, il datore di lavoro deve dichiarare alla DTL l'intenzione di procedere al recesso indicando i motivi e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato. La DTL entro sette giorni convoca le parti, le quali possono essere assistite dalle OOSS o dai propri legali o consulenti del lavoro e tenta la conciliazione (in caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro, la procedura può essere sospesa per un massimo di 15 giorni). La procedura deve concludersi entro 20 giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo. Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione del rapporto, è prevista l'applicazione del nuovo ammortizzatore previsto dalla riforma (ASpI) e il lavoratore potrà essere affidato a un'agenzia che ne tenti il ricollocamento. Se, invece, il tentativo fallisce e, comunque, decorso il termine di cui sopra, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore e, nell'ipotesi in cui dovesse essere accertata la non giustificatazza del recesso, troveranno applicazione le nuove disposizioni dell'art. 18, così come riformato, con l'avvertenza che il Giudice valuterà il comportamento complessivo tenuto dalle parti così come desumibile dal verbale di mancata conciliazione. In caso di violazione della procedura in questione, il licenziamento è inefficace, in base a quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, comportando le conseguenze previste dal nuovo comma 6 dell'art. 18.¹⁰⁷

107. Per alcune considerazioni positive e anche perplessità in merito alla nuova procedura cfr. A. Maresca *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*.

4.

Tutela contro il licenziamento: impugnazione e conseguenze dell'illegittimità

4.1 Termini di decadenza e requisiti di forma

Il Legislatore del Collegato lavoro (legge n. 183/2010), all'evidente e dichiarato scopo di evitare che la tardiva introduzione del giudizio da parte del lavoratore potesse rendere eccessivamente onerosa per il datore di lavoro l'eventuale soccombenza, ha radicalmente modificato la disciplina relativa all'impugnazione del licenziamento e ai relativi termini di decadenza.

I primi quattro commi dell'art. 32 legge n. 183/2010 dettano pertanto nuovi termini di decadenza in materia, disponendo poi che tale nuova disciplina debba trovare applicazione anche a fattispecie diverse dal licenziamento.

In particolare, la legge n. 604/1966 prevede all'articolo 6, così come modificato dal sopra citato articolo, che il lavoratore che contesti la legittimità del licenziamento, ha l'onere di impugnare, a pena di decadenza, l'atto di risoluzione del rapporto di lavoro: «*1. Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale*». L'impugnazione costituisce quindi il primo atto formale di contestazione della decisione datoriale di porre termine al rapporto di lavoro e l'atto attraverso il quale è possibile poi avviare sia il tentativo di conciliazione o di arbitrato, sia il relativo giudizio. La medesima legge, come riformata nel 2010 e con l'intento di porre un limite temporale preciso per la proposizione dell'azione al successivo comma 2 così stabilisce:

«2. L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni (ora centottanta giorni), dal deposito del ricorso nella

*cancelleria del tribunale in funzione di Giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al Giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo».*¹⁰⁸

Tale disposizione ha acquisito efficacia definitiva a decorrere dal 31 dicembre 2011¹⁰⁹.

L'impugnazione deve essere formalizzata, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore di impugnare il licenziamento, anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale cui lo stesso aderisca.

Il mancato rispetto della forma scritta e il mancato rispetto dell'obbligo di specificazione contestuale dei motivi renderà il recesso inefficace (ma valido se sorretto da idonea giustificazione) ai sensi di quanto ora disposto dal nuovo art. 18, comma 6, legge n. 300/1970 determinando l'applicazione del nuovo rito speciale per ottenere, con un giudizio "accelerato", la tutela specifica (di tipo risarcitorio) prevista dalla legge in questi casi¹¹⁰.

Va comunque ricordato che la mancata impugnazione del licenziamento nel termine di cui all'articolo 6 della legge n. 604/1966 preclude la possibilità di accedere alla tutela specifica in materia di conseguenze connesse all'illegittimità del licenziamento ma non, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la possibilità per il lavoratore di agire in giudizio per il risarcimento del danno secondo i principi generali della responsabilità contrattuale o extracontrattuale¹¹¹. Tuttavia, sul punto si sta formando un orientamento contrario fondato sul principio per cui il Giudice non può procedere alla valutazione delle conseguenze risarcitorie dell'atto in base alle regole di diritto comune, se manca il presupposto delle stesse «*sia sul piano contrattuale (in quanto l'inadempimento del datore di lavoro consista nel recesso illegittimo in base alla disciplina speciale)*,

108. La legge di riforma del mercato del lavoro (legge n. 92/2012) prevede, con modifica dell'art. 2 della legge n. 604/1966, che la indicazione dei motivi di licenziamento debba ora essere contestuale all'atto con il quale viene intimato il recesso dal rapporto di lavoro. Tale modifica non coordinata dal legislatore della riforma con la previsione di cui all'art. 6 della medesima legge fa sì che il termine dei 60 giorni per proporre l'impugnazione del licenziamento decorrerà ora necessariamente solo dalla comunicazione dello stesso.

109. L'art. 2, comma 54, del D.L. n. 225/2010, convertito in legge n. 10/2011, ha infatti aggiunto all'art. 32, comma 1, il seguente comma 1-bis: «*In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'art. 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011*».

110. Per alcune considerazioni in merito alle problematiche connesse all'applicazione del citato comma 6 dell'art. 18 nell'ipotesi di vizi formali cfr. A. Maresca *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit.

111. Cass. 10 marzo 2010, n. 5804; Cass. 10 gennaio 2007, n. 245, contra Cass. 3 marzo 2010, n. 5107; Cass. 11 giugno 2009, n. 13580; Cass. 9 marzo 2007, n. 5545 e Cass. 14 maggio 2007, n. 11035.

sia sul piano *extracontrattuale* (ove il comportamento illecito dello stesso datore consista, in sostanza, proprio e soltanto della illegittimità del recesso)»¹¹². Tale ultimo orientamento assume ora nuova rilevanza nei casi in cui le domande di risarcimento danni abbiano quale presupposto un recesso illegittimo. Tali domande, infatti, potrebbero essere attratte nel nuovo rito speciale previsto dalla riforma (art. 1, comma 48 e ss. legge n. 92/2012) qualora «*fondate sugli identici fatti costitutivi*».

Infatti, il comma 48 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 prevede che la domanda avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento per le motivazioni di cui al nuovo impianto dell'art. 18 legge n. 300/1970 deve essere proposta con ricorso al Tribunale in funzione di Giudice del lavoro – competente per territorio in base alle disposizioni dell'art. 413 c.p.c. -, con espressa preclusione per le domande diverse dall'impugnativa dei licenziamenti ai sensi dell'art. 18 legge n. 300/1970 «*salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi*». Locuzione, quest'ultima di non facile interpretazione che potrebbe determinare l'attrazione verso tale rito di domande ad es. relative al risarcimento del danno derivante dal licenziamento, ovvero l'inserimento di una impugnativa di licenziamento in cause promosse ad es. per la richiesta di accertamento a differenze retributive relativamente a rapporti di lavoro già risolti, come prospettato da alcuni¹¹³.

Sotto diverso profilo, il termine decadenziale di 60 giorni, almeno fino al 2010 e fino all'approvazione delle disposizioni di cui alla legge n. 183/2010 (Collegato lavoro) non aveva mai assunto rilevanza per le ipotesi affette da nullità quali il licenziamento discriminatorio, il licenziamento intinato per causa di matrimonio o quello intimato alla lavoratrice madre o inefficacia, quale il licenziamento orale, ipotesi per le quali hanno sempre trovato applicazione i principi di imprescrittibilità dell'azione di nullità di cui agli articoli 1421 e 1422 c.c..

Analogamente, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, la disciplina contenuta nell'art. 6 legge n. 604/1966 non doveva trovare applicazione neppure nell'ipotesi di disdetta illegittima di un contratto di lavoro a tempo determinato¹¹⁴. Ora tali orientamenti risultano ormai superati per effetto delle previsioni di cui all'art. 32 della legge n. 183/2010. Disposizione che, proprio al fine di dare certezza ai tempi per l'accertamento, in sede giudiziale, di tutte le ipotesi di recesso dal rapporto di lavoro, ha esteso l'obbligo di impugnativa a tutte le ipotesi di «*invalidità del recesso*». La norma prevede, infatti, che le previsioni dei primi due commi dell'articolo 6 siano applicabili «*a tutti i casi di invalidità del licenziamento*». Il tenore letterale di tale disposizione induce a ritenere che la volontà del Legislatore sia stata quella di ricomprendere tutti i recessi, sicché, oltre ovviamente alle ipotesi di annullabilità per assenza di giusta causa o di

112. Cass. 10 giugno 2009, n. 13580 ed in tal senso anche Cass. 3 marzo 2010, n. 5107.

113. Cfr. sul punto E. Boghetich, in *La Riforma del lavoro*, Sole24 Ore. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit.

114. Cass. 8 maggio 2000, n. 5821; Trib. Milano 4 agosto 2007.

giustificato motivo, anche qualora si eccepisca la nullità del licenziamento per discriminazione o per motivo illecito, così come ai recessi intimati nei periodi di interdizione per maternità o per matrimonio, e così via. Fattispecie che, come noto, prima della riforma del 2010 non necessitavano di impugnazione ai fini della proposizione dell'azione in giudizio. È stata invece opportunamente eliminata dalla versione definitiva dell'art. 32 legge n. 183/2010 l'estensione di tale nuova disciplina anche a tutti i casi di «inefficacia del licenziamento», come era previsto nella stesura originaria del disegno di legge. Formulazione che aveva dato luogo ad alcune perplessità presupponendo un onere di impugnativa anche per il licenziamento orale che, in base alla definitiva formulazione della norma non necessita di impugnazione ai fini della proposizione dell'azione diretta a dichiararne l'eventuale illegittimità e non è da ritenersi soggetto, quindi, a termini di decadenza. Va peraltro ricordato, a riguardo, che dopo l'approvazione della L. n. 92/2012 al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale la legge riconduce, ora, le medesime conseguenze previste per il licenziamento discriminatorio, con reintegrazione piena nel posto di lavoro, secondo quanto stabilito dal nuovo testo dell'art. 18 L. n. 300/1970, al comma 1.

4.2 Licenziamento in particolari ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro e impugnazione

Quanto alle altre fattispecie per le quali è ora previsto un onere di impugnazione, va ricordato che la norma del c.d. Collegato lavoro (art. 32 L. n. 183/2010) non si limita al licenziamento prevedendo che la scansione temporale degli atti di cui si è detto sia applicabile anche¹¹⁵:

1. ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto (disposizione che con l'approvazione della Riforma del mercato del lavoro è stata fatta oggetto di specifiche modifiche. Infatti, la legge n. 92/2012 ha previsto l'abrogazione della lett. d), del comma 3, dell'art. 32, legge n. 183/2010 e la sostituzione della lett. a), del medesimo comma 3, attraendo in tale disposizione la previsione dell'obbligo di impugnativa dei rapporti a termine che siano cessati e per i quali venga contestata la nullità del termine apposto al contratto. Non solo, per tali fattispecie, anche al fine di meglio tutelare il diritto di difesa per il lavoratore in caso di rinnovo del relativo contratto, è stato previsto un allungamento dei tempi di impugnazione dei contratti a termine cessati, portandolo a 120 giorni. La nuova disposizione dell'art. 32, lett. a), legge n. 183/2010, come modificata dalla legge n. 92/2012 ora prevede l'applicazione delle disposizioni dell'art. 6 legge n. 604/1966, come modificato dalla legge n. 183/2010:

115. Art. 32, commi 3 e 4, legge n. 183/2010. Il progetto di riforma del mercato del lavoro, al fine di meglio garantire il diritto di difesa nei casi di contratto a tempo determinato fissa a 120 giorni il termine per l'impugnazione nei casi di cessazione del contratto a tempo determinato, verificatasi a decorrere dal 1° gennaio 2013.

«a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni. Laddove si faccia questione della nullità del termine apposto al contratto, il termine di cui al primo comma del predetto art. 6, che decorre dalla cessazione del medesimo contratto, è fissato in centoventi giorni, mentre il termine di cui al primo periodo del secondo comma del medesimo art. 6 è fissato in centottanta giorni»;

2. al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'art. 409, comma 1, n. 3), c.p.c.;
3. al trasferimento ai sensi dell'art. 2103 c.c., con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento;
4. ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge n. 183/2010 (24 novembre 2010), con decorrenza dalla scadenza del termine;
5. ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della legge n. 183/2010, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della medesima legge, ossia dal 24 novembre 2010;
6. alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c. con termine decorrente dalla data del trasferimento;
7. in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'art. 27 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, si chiede la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto.

In ultima analisi, il Legislatore oltre ad aver previsto un meccanismo “*acceleratorio*” per l'impugnazione del licenziamento lo ha esteso anche a molte altre fattispecie per le quali nell'attuale assetto normativo non era previsto alcun termine di impugnazione. Si tratta di fattispecie, quali la risoluzione del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa o la cessione del contratto ai sensi dell'art. 2112 c.c. che sottolineano l'intento del Legislatore di evitare che, con riferimento a determinate situazioni giuridiche, il rischio di contenzioso si protragga nel tempo, contribuendo così alla certezza del diritto e allo snellimento, in forma indiretta, del contenzioso.

In materia di individuazione della sede datoriale giuridicamente competente a ricevere l'atto di impugnazione del licenziamento, la giurisprudenza ha adottato quel medesimo orientamento accolto per la comunicazione del licenziamento,

riconoscendone, analogamente, la natura di atto unilaterale recettizio, da cui consegue l'applicabilità degli art. 1334 e 1335 c.c..

Alla luce di ciò, l'indirizzo del datore di lavoro viene a coincidere con quello che, per collegamento ordinario o normale frequenza o preventiva indicazione, appartenga alla sfera di dominio del destinatario¹¹⁶.

Nella pratica e secondo esperienza, va altresì segnalato che ha spesso costituito oggetto di indagine da parte della giurisprudenza la identificazione del momento in cui sia da considerarsi effettivamente realizzata l'intenzione del lavoratore di impugnare il licenziamento nei termini indicati dalla legge. L'atto di impugnazione del licenziamento, infatti, è un atto recettizio che produce i suoi effetti nel momento in cui giunge nella sfera di conoscenza del destinatario. Assume così rilevanza il momento in cui tale circostanza si realizza, soprattutto nelle ipotesi di spedizione dell'atto a mezzo posta, nei casi di una possibile non coincidenza tra la scadenza del termine di 60 giorni previsto dalla legge e il momento della effettiva ricezione - e quindi della conoscenza - dell'atto, da parte del destinatario della comunicazione.

La giurisprudenza ha infatti stabilito, in tal senso, che *«l'impugnazione del licenziamento individuale è tempestiva, ossia impedisce la decadenza di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966, qualora la lettera raccomandata sia, entro il termine di sessanta giorni ivi previsto, consegnata all'ufficio postale, ancorché essa venga recapitata dopo la scadenza di quel termine»*¹¹⁷.

L'impugnazione del licenziamento può avvenire anche a mezzo telegramma, come espressamente stabilito dalla giurisprudenza, *«sempreché l'invio del telegramma, anche se effettuato materialmente da parte di un altro soggetto e da un'utenza telefonica non appartenente al lavoratore, avvenga su mandato e a nome di quest'ultimo, che appaia come autore della dichiarazione»*¹¹⁸.

4.3 Le conseguenze del licenziamento illegittimo e il nuovo art. 18 Statuto dei Lavoratori

Sicuramente le novità di maggiore rilevanza previste dal progetto di riforma del mercato del lavoro, approvato definitivamente a fine giugno 2012 e divenuto legge 28 giugno 2012, n. 98, risultano essere le modificazioni apportate al testo della norma di cui all'art. 18 legge n. 300/1970 (Statuto dei Lavoratori), già a partire da quella riguardante il cambiamento della rubrica della norma che, come accennato in premessa, è ora titolata *«Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo»*.

La novità più importante consiste nella possibilità che la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro possa essere disposta mediante previsione di un

116. Cass. 30 luglio 2002, n. 11302.

117. Cass. 4 settembre 2008, n. 22287 confermata da Cass. S.U. 14 aprile 2010, n. 8830.

118. Cass. 30 ottobre 2001, n. 7620; Cfr. anche Cass. 6 ottobre 2008, n. 24660.

sistema di *graduazione* nella valutazione dei motivi posti a base del licenziamento che, per il licenziamento c.d. disciplinare (sia per giusta causa che per giustificato motivo soggettivo) e per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, rimette di fatto al Giudice del lavoro, all'esito del giudizio, ogni valutazione in merito al tipo di sanzione applicabile: reintegrazione - sebbene limitata nell'ammontare delle mensilità massime dovute a titolo di risarcimento del danno - ovvero liquidazione di un'indennità risarcitoria "sostitutiva" della reintegrazione, ferma restando la intervenuta cessazione del rapporto di lavoro.

Si tratta di una novità decisiva – forse di minore impatto rispetto al progetto iniziale della Riforma – ma certamente innovativa rispetto al dualismo ingessato – (reintegrazione sì, reintegrazione no) di cui al vecchio testo dell'art. 18 Stat. Lav. È presto per dire quale impatto avrà la nuova disciplina, ma certamente è possibile anticipare che il suo risultato dipenderà in massima parte dal ruolo e dall'atteggiamento (anche interpretativo) che assumeranno gli operatori del diritto (avvocati, consulenti, ecc.) ma soprattutto i Giudici.

4.3.1 Licenziamento discriminatorio

Si tratta delle ipotesi di nullità del licenziamento previste dalla legge e ricorrenti nel caso in cui il recesso sia basato ad esempio su ragioni di credo politico o fede religiosa, sull'appartenenza ad un sindacato e sulla partecipazione ad attività sindacali (art. 4, legge 15 luglio 1966, n. 604) così come delle ipotesi in cui venga accertato che alla base del licenziamento vi siano motivazioni di natura politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di *handicap*, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali (art. 15 della legge n. 300/1970, come integrata tenendo conto delle disposizioni dei D.Lgs. nn. 215/2003 e 216/2003).

In merito, la riforma mantiene la tutela c.d. piena così come è stata applicata negli ultimi quarant'anni. Infatti, il Giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento condanna il datore di lavoro, qualunque sia il numero dei dipendenti occupati (ed anche con riferimento alle figure dirigenziali), a reintegrare il dipendente nel posto di lavoro ed a risarcire al medesimo i danni subiti attraverso il pagamento di una somma, commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, diretta a coprire le retribuzioni perse dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione (con un minimo di 5 mensilità di retribuzione), dedotto l'*aliunde perceptum*. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno, il lavoratore può, tuttavia, chiedere in sostituzione della reintegrazione, il pagamento di un'indennità pari a 15 mensilità con conseguente risoluzione del rapporto di lavoro.

Il medesimo regime si applica per i licenziamenti intimati in violazione dei divieti posti a tutela della maternità e della paternità dal D.Lgs. n. 151/2001, nonché in concomitanza del matrimonio o per motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c.

La medesima tutela, infine, si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

Ulteriore profilo di novità del nuovo articolo 18 è la espressa inclusione in tale norma della previsione che tale regime andrà applicato ai licenziamenti al di là ed indipendentemente dal numero di lavoratori occupati presso l'unità produttiva (e quindi anche nelle imprese al di sotto delle 15 unità). Previsione che era già contenuta nell'art. 3 della legge n. 108/1990 ma che oggi acquista un carattere definitivo e generale per ogni ipotesi di discriminazione.

4.3.2 Licenziamento disciplinare

E' qui che vengono introdotte le maggiori novità.

Si tratta dell'ipotesi in cui il licenziamento venga intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo (e pertanto con addebito al lavoratore) ed è quella di maggiore applicazione pratica per le aziende: in tal caso, la Riforma provvede ad apportare rilevanti modifiche.

In particolare, ed a differenza dal vecchio regime dell'art. 18 Stat. Lav., il Giudice potrà reintegrare il lavoratore unicamente qualora accerti che:

- a) non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa perché non sussistono i fatti contestati; ovvero
- b) il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicabili.

In tale ipotesi tuttavia, ad ulteriore differenza dal regime risarcitorio preesistente, il risarcimento dei danni non potrà essere illimitato (e pertanto pari al numero dei mesi intercorrenti fra il recesso e l'ordine di reintegrazione) bensì limitato ad una indennità onnicomprensiva entro un massimo 12 mensilità di retribuzione, dedotto come sempre (e qualora provato) l'*aliunde perceptum e percipiendum*.

Il rapporto di lavoro si intende come sempre risolto se, e ciò in analogia a quanto avveniva anche in precedenza, il lavoratore, emesso l'ordine di reintegrazione, non riprende servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso di richiesta della indennità sostitutiva, commisurata in 15 mensilità.

Il Giudice poi «*nelle altre ipotesi*» (rispetto a quelle di cui sopra) di licenziamento per motivo soggettivo e per giusta causa ritenuto ingiustificato - ed è questa la parte della norma di maggiore novità e anche di maggiore difficoltà applicativa - dichiarerà risolto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento e liquiderà al lavoratore una indennità risarcitoria onnicomprensiva tra 12 e 24 mensilità. Sono queste le ipotesi - peraltro non di immediata individuazione - in cui il Giudice del lavoro giungerà pur sempre ad una valutazione diciamo così *affievolita* di illegittimità del licenziamento, graduando tuttavia la sanzione con il pagamento di una penale (alta, va detto) in luogo della reintegrazione del lavoratore.

È da ipotizzare che apparterranno a tale ipotesi i casi in cui il fatto in sé contestato, pur sussistente e pur comportando, in generale, un giudizio di disvalore dell'Ordinamento circa la condotta posta in essere dal lavoratore, non conterrà ad esempio un profilo di gravità assoluta ovvero di proporzionalità del licenziamento intimato, non comportando pertanto un giudizio di legittimità del recesso, ma determinerà tuttavia i presupposti per l'applicazione di una sanzione *attenuata* rispetto a quella consistente nella reintegrazione nel posto di lavoro.

Altra ipotesi certamente da ipotizzare sin da ora potrebbe essere quella in cui la prova dell'addebito (sussistente in sé) sia stata raccolta illegittimamente dal datore di lavoro ad esempio con l'utilizzo di *software* ed apparecchiature di controllo a distanza non consentite dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori se non alle condizioni di validazione previste da tale norma. In tal caso, trattandosi di prova legalmente inutilizzabile certamente il Giudice non potrebbe tenerne conto ai fini della legittimità del recesso (da qui la censura di illegittimità) ma al tempo stesso l'esistenza di tale prova in quanto tale non integrerebbe di certo quella "*insussistenza del fatto*" che da sola giustifica (e consente) la sanzione massima della reintegrazione.

In altri termini, vien da dire che ad una prima disamina ed in attesa della sua applicazione pratica la formulazione attuale dell'art. 18 potrà consentire quegli aggiustamenti di equità molto spesso necessari ma che la particolare "*rigidità*" della vecchia norma non consentiva neppure all'interprete più volenteroso e disponibile.

4.3.3 Vizi formali

Un passaggio significativo del nuovo impianto dell'art. 18 legge n. 300/1970 è sicuramente quello che prevede una forma attenuata di risarcimento in presenza di vizi di natura formale riguardanti il requisito della motivazione (art. 2, comma 2, legge n. 604/1966) o la violazione della procedura *ex art. 7* legge n. 604/1966. Infatti, in questi casi - a differenza da quanto avveniva sino ad oggi in cui veniva dichiarata la nullità del licenziamento per violazione della procedura di contestazione *ex art. 7 Stat. Lav.* - il Giudice dichiarerà il licenziamento inefficace ed obbligatoriamente risolto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento, liquidando al lavoratore una indennità risarcitoria onnicomprensiva tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, modulabile in relazione all'anzianità del lavoratore, alle dimensioni dell'attività economica, al comportamento o alle condizioni delle parti.

È chiara e certamente apprezzabile la novella di legge: che in tale caso il fatto contestato sussiste certamente (e quindi il lavoratore è censurabile) non potendo il licenziamento essere annullato - così avvantaggiandosi il lavoratore - dalla esistenza di vizi meramente formali della procedura che non toccano la sostanza della questione.

Va evidenziato come - ad avviso di chi scrive - certamente nella violazione

della procedura *ex art. 7 Stat. Lav.* andrà ricondotto, oltre che quello meramente formale relativo alla indeterminatezza ovvero incompletezza se non addirittura mancanza della contestazione, il profilo differente della eventuale *tardività* della contestazione e, conseguentemente, del licenziamento.

Anche in tal caso d'ora in avanti, se ravvisato, il Giudice potrà unicamente liquidare l'indennità prevista senza tuttavia potere reintegrare il lavoratore licenziato per un fatto comunque sussistente (salva beninteso la facoltà per il lavoratore di contestare anche nel merito il licenziamento e rientrando così il caso nella diversa fattispecie prevista ai casi precedente).

4.3.4 Licenziamento per motivi oggettivi o economici

Ricade in questa nozione, come già detto, il provvedimento espulsivo che sia sorretto da ragioni collegate alla riorganizzazione del lavoro e all'attività produttiva (art. 3 legge n. 604/1966). In questo caso, la Riforma prevede, così come avviene nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, che la reintegrazione potrà essere disposta dal Giudice (quindi come mera possibilità e non obbligo) unicamente nell'ipotesi in cui sia accertata la *manifesta insussistenza* del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In tal caso il Giudice potrà annullare il licenziamento, ordinando la reintegrazione del lavoratore ed il pagamento di una indennità risarcitoria - anche qui con norma assolutamente apprezzabile - non superiore alle 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La medesima sanzione trova applicazione anche nell'ipotesi in cui venga riconosciuta l'infondatezza delle ragioni poste a fondamento del licenziamento nei casi di inidoneità fisica o psichica del lavoratore (artt. 4, comma 4 e 10, comma 3, legge n. 68/1999) nonché nell'ipotesi in cui il licenziamento è stato intimato nel periodo di tutela prevista dall'art. 2110 c.c..

La norma precisa, poi, che «*negli altri casi*» di licenziamento ingiustificato - e cioè quelli in cui il licenziamento non sia manifestamente infondato pur nella ritenuta illegittimità e/o ingiustificatezza del medesimo - e ferma restando la risoluzione del rapporto di lavoro, resterà unicamente la sanzione della condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, compresa tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenuto conto delle dimensioni dell'impresa, dell'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, delle iniziative assunte da questi per la ricerca di altra occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della nuova procedura di conciliazione preventiva prevista dall'art. 7 della legge n. 604/1966.

Tuttavia - precisa ancora la norma - qualora nel corso del giudizio emerga che il licenziamento sia stato determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari potranno trovare piena applicazione le nuove previsioni della norma previste per tali eventualità, e come sopra già illustrate.

Altra novità come già segnalato, è il nuovo periodo inserito alla fine del com-

ma 1 dell'art. 30, legge n. 183/2010, nella parte in cui prevede che il Giudice non possa entrare nel merito delle valutazioni tecniche organizzative e produttive che motivano il recesso e che competono al datore di lavoro. In merito, la Riforma aggiunge che l'inosservanza di tale previsione, *«in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro»*, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto. Tale inciso seppure utile non potrà non impedire, comunque, ad avviso di chi scrive, una qualche forma di ingerenza nelle scelte organizzative dell'impresa.

5.

Nuovo rito per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti

Con la Riforma del mercato del lavoro (legge 28 giugno 2012 n. 92, entrata in vigore il 18 luglio 2012) e nell'intento di introdurre un rito celere e abbreviato in relazione alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi disciplinate dal nuovo art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il Legislatore ha inteso disciplinare uno speciale rito sommario - ma non cautelare -¹¹⁹ identificato come «*rito speciale per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 (...)*», avente le caratteristiche di un procedimento sommario e diretto alla risoluzione delle controversie in materia di licenziamento. Già la previsione di un «*rito speciale*» introduce un primo problema interpretativo, ossia se tale rito debba affiancarsi a quello ordinario a cognizione piena articolato nei tre gradi di giudizio o se debba essere considerato «*sostitutivo*» di questo quando oggetto della controversia siano le materie regolate dall'art. 18 della legge n. 300/1970. Secondo i primi commentatori il criterio di specialità identificato dalla norma andrebbe circoscritto alle sole controversie nelle quali vi sia domanda espressa di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970 ovvero quelle nelle quali venga denunciata l'inefficacia del licenziamento per vizio di forma o di procedura (*ex art. 7, legge n. 300/1970 e ex art. 7, legge n. 604/1966*)¹²⁰.

Non solo, altro problema interpretativo si pone con riferimento alla parte finale del comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, ossia alla previsione dell'attrazione nel nuovo rito delle «*questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*». Su tale punto vi è da dire che la formulazione letterale della norma non pare chiarire per quali ipotesi specifiche debba trovare applicazione il rito speciale, riecheggiando una formulazione già adoperata dal Legislatore al comma

119. Cfr. sul punto A. Bollani in AA.VV. *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012

120. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit.

3, lett. a), art. 32, legge n. 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro): il che porterebbe a concludere che nell'ambito della nuova disciplina procedurale siano comprese anche quelle questioni afferenti la risoluzione di quei rapporti di lavoro per i quali il recesso non è da qualificarsi in senso stretto come atto di licenziamento, ma che in base alle disposizioni dell'art. 32, commi 3 e 4, della legge n. 183/2010 sono stati attratti nella previsione normativa che impone l'impugnativa in caso di recesso (art. 6 della legge n. 604/66 come modificato dal c.d. Collegato lavoro). In realtà, anche in questo caso l'opinione che la prima dottrina ha espresso in merito a tale previsione è nel senso di ritenere circoscritto il nuovo rito solo alle questioni che debbano essere considerate "pregiudiziali", nel merito, alla controversia in tema di licenziamento e ciò anche tenendo conto della complessità propria delle controversie nelle quali si discute della qualificazione del rapporto di lavoro¹²¹.

Il nuovo rito trova applicazione per le controversie instaurate a decorrere dall'entrata in vigore della legge, ossia dal 18 luglio 2012.

Esso si compone di due fasi, una **necessaria** diretta, appunto, ad assicurare una tutela immediata e sommaria in caso di licenziamento e una **eventuale** che si instaura solo a conclusione della prima fase e viene avviata con l'opposizione alla decisione emessa nel giudizio sommario. Le nuove disposizioni sono contenute nei commi dal 47 al 64 dell'art. 1 della legge n. 92/2012.

5.1 Giudice competente

Il nuovo rito speciale, caratterizzato da un ricorso introduttivo e da un'istruttoria sommaria - ma non "superficiale"¹²² - richiama quello previsto per la denuncia di comportamenti antisindacali ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori. I primi commentatori della Riforma hanno evidenziato a riguardo, che probabilmente non era necessaria l'introduzione di una nuova procedura ben potendo soccorrere in materia altri rimedi anche in via d'urgenza, ossia il procedimento di cui all'art. 700 c.p.c. ed anche lo stesso procedimento di cui all'art. 28 legge n. 300/1970 con riferimento alle ipotesi di licenziamento adottato per motivi antisindacali. A differenza del procedimento cautelare va qui detto che nel nuovo rito è lo stesso Legislatore che ha voluto introdurre anticipatamente, per le controversie in parola, ogni valutazione inerente al *fumus boni juris* e al *periculum in mora* che caratterizzano i giudizi *ex art. 700 c.p.c.*¹²³.

Ed infatti, il comma 48 prevede che la domanda avente ad oggetto l'impugna-

121. Cfr. sul punto A. Bollani in AA.VV. *La nuova riforma del lavoro*, cit. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit.

122. Cfr. sul punto A. Bollani in AA.VV. *La nuova riforma del lavoro*, cit. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit.

123. Cfr. A. Maresca *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit.

zione del licenziamento per le motivazioni di cui al nuovo impianto dell'art. 18 legge n. 300/1970 deve essere proposta con ricorso al Tribunale in funzione di Giudice del lavoro - competente per territorio in base alle disposizioni dell'art. 413 c.p.c. -, con espressa preclusione per le domande diverse dall'impugnativa dei licenziamenti ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300/1970 «*salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi*». Locuzione, quest'ultima di non facile interpretazione, come già avvertito sopra, che potrebbe determinare l'attrazione verso tale rito di domande ad esempio relative al risarcimento del danno derivante dal licenziamento, ovvero l'inserimento di una impugnativa di licenziamento in cause promosse, in ipotesi, per la richiesta di accertamento a differenze retributive.

5.2 Procedimento

Una volta instaurato il giudizio con ricorso, redatto ai sensi dell'art. 125 c.p.c., la norma ha previsto l'onere per il Giudice di fissare con decreto l'udienza non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso introduttivo, assegnando un termine per la notifica del ricorso e del relativo decreto non inferiore a venticinque giorni dalla data dell'udienza, con termine di costituzione per il convenuto non inferiore a cinque giorni prima dell'udienza.

Nuove sono, sia le modalità di notifica del ricorso, per le quali è concessa alla parte ricorrente la facoltà di provvedere anche a mezzo posta elettronica certificata, sia le disposizioni in tema di allegazione dei documenti, che andranno depositati in Cancelleria in duplice copia.

Allo scopo di realizzare l'invocato adeguamento «*alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento*», il Legislatore ha così inteso ampliare in capo al Giudice il potere discrezionale di gestione dell'udienza, accentuando quegli aspetti di celerità e speditezza tipici dei procedimenti sommari, di talché lo stesso «*sentite le parti, ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili*» richiesti dalle parti stesse o disposti di ufficio ai sensi dell'art. 421 c.p.c.. Si tratta di una fase sommaria caratterizzata da un'istruttoria anch'essa necessariamente sommaria (infatti una più compiuta attività istruttoria in merito agli atti ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti o disposti d'ufficio è prevista solo per la fase – eventuale – dell'opposizione).

Altra novità è altresì il provvedimento con il quale il Giudice definisce il giudizio, giacché la norma del comma 49, art. 1, della legge n. 92/2012 ha previsto l'emissione di una ordinanza immediatamente esecutiva, avverso la quale può essere proposta opposizione dinanzi al medesimo Tribunale che ha emesso il provvedimento con ricorso *ex art. 414 c.p.c.* da depositarsi a pena di decadenza entro trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza o dalla sua comunicazione, se anteriore.

Con tale ricorso in opposizione viene, tuttavia, preclusa alla parte procedente la proposizione di domande nuove, ad eccezione di quelle fondate su identici fatti costitutivi, o di quelle che siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti.

Il Giudice, analogamente a quanto stabilito per il precedente grado introdotto, fissata con decreto l'udienza di discussione e comparizione delle parti, non oltre i successivi sessanta giorni, assegna alla parte convenuta un termine di dieci giorni prima dell'udienza per la costituzione in giudizio, con facoltà all'opponente di notificare il ricorso anche a mezzo posta elettronica certificata trenta giorni prima della data d'udienza. Va osservato a questo riguardo che con riferimento ai termini di costituzione del convenuto, il Legislatore richiama qui le modalità per la costituzione e le decadenze previste dalla legge per il rito ordinario (art. 1, comma 53 legge n. 92/2012) mentre un analogo richiamo anche alle relative decadenze non è contenuto (ci si chiede se volutamente) con riferimento agli obblighi di costituzione del resistente nel giudizio sommario al comma 48 del medesimo art. 1.

Infatti, analogamente a quanto previsto nel rito ordinario, viene stabilita la facoltà per il convenuto di costituirsi in giudizio mediante deposito di una memoria difensiva ai sensi dell'art. 416 c.p.c., con l'onere di proporre in tale sede, a pena di decadenza, tutte le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio, nonché di prendere posizione in maniera precisa sui fatti posti a fondamento della domanda.

Vera novità concerne, invece, il caso della proposizione di una domanda riconvenzionale, per la quale, diversamente da quanto stabilito dagli articoli 416, comma 2 e 418 c.p.c., il Giudice, qualora la causa relativa alla domanda riconvenzionale risulti non essere fondata «*su fatti costitutivi identici*» a quelli posti alla base della domanda principale, dispone la separazione dei giudizi.

Quanto alle modalità di svolgimento dell'udienza, anche nel giudizio di opposizione il giudice procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione di causa, disponendo l'acquisizione delle prove *ex art.* 421 c.p.c. ed assegnando eventuale termine per note conclusive dieci giorni prima dell'udienza di discussione, all'esito della quale definisce il giudizio pronunciando sentenza provvisoriamente esecutiva che, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni.

5.3 Impugnazioni

Avverso la sentenza che decide sul ricorso è ammesso **reclamo** innanzi alla Corte d'appello, da proporsi con ricorso entro **trenta giorni** dalla comunicazione, o dalla notificazione, se anteriore. Nel giudizio di reclamo, non sono però ammessi nuovi mezzi di prova o documenti «*salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione*», ovvero la parte onerata dimostri

di non aver potuto proporli in primo grado per causa alla stessa non imputabile.

La Corte d'Appello provvede alla fissazione della data di udienza entro sessanta giorni dal deposito del ricorso, nel rispetto delle medesime modalità previste per il primo grado, disponendo alla prima udienza, qualora ricorrano gravi motivi, la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza reclamata, eventualmente assegnando alle parti termine per note difensive fino a dieci giorni prima, all'esito dei quali definisce la causa con sentenza che, completa di motivazioni, deve essere depositata entro il termine di dieci giorni.

Avverso tale sentenza, il comma 61 dell'art. 1, legge n. 92/2012 prevede la possibilità, con applicazione dei termini di cui all'art. 327 c.p.c. in mancanza di comunicazioni o notificazioni, di proporre ricorso per **Cassazione** entro il termine decadenziale di **sessanta giorni** dalla comunicazione della stessa, o dalla notificazione se anteriore.

Infine, così come espressamente previsto dal Legislatore (art. 1, commi 65 e 66, legge n. 92/2012), alle domande proposte in conformità a tale rito saranno dedicati «*particolari giorni del calendario delle udienze*», il rispetto dei quali è demandato ai «*capi degli uffici giudiziari*».

