

Alberto Piccinini

(Art. 1 commi 37, 38, 39, 40 e 41)

(Modifiche alla legge 15 luglio 1966, n. 604)

1. La modifica dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966

Il vecchio testo dell'art. 2 della l. n. 604/1966 non prevedeva l'obbligo di motivazione contestuale alla comunicazione del licenziamento, ma solo che tale comunicazione fosse effettuata in forma scritta. Se quindi il dipendente licenziato non chiedeva che venissero precisati i motivi del recesso, entro 15 giorni dalla sua comunicazione, tali motivi avrebbero potuto legittimamente essere forniti con la costituzione in giudizio del datore del lavoro, ove il dipendente avesse deciso di fare causa. Al contrario, se la richiesta dei motivi veniva avanzata (non solo in totale assenza di motivazione, ma anche a fronte di una motivazione troppo generica) ed essi non erano esaurientemente forniti entro 7 giorni dalla richiesta, il licenziamento risultava inefficace, con le medesime conseguenze applicabili al licenziamento ingiustificato: tutela reale (reintegrazione) o tutela obbligatoria (semplice indennizzo) a seconda delle dimensioni occupazionali (datore di lavoro con più o meno di 15 dipendenti nell'ambito del Comune, oppure con più o meno di 60 dipendenti complessivamente).

Con il nuovo 2° comma dell'art. 2 della l. n. 604 – come sostituito dall'art. 1, 37° comma, della legge in esame – si prevede ora non solo l'obbligo di forma scritta, ma anche quello di contestuale motivazione del licenziamento.

Va subito detto che, di fatto, non dovremo trovarci praticamente mai di fronte alla *sorpresa* di un licenziamento così strutturato, senza che esso sia stato preceduto da una preventiva comunicazione: che si tratti di una contestazione di addebito, in caso di licenziamento disciplinare (visto che l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori considera illegittimo ogni provvedimento disciplinare irrogato prima di aver contestato l'addebito e concesso i termini a difesa) oppure di una comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro – e per conoscenza al lavoratore – dell'intenzione di licenziare, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (comunicazione quest'ultima che deve indicare *il motivo* del licenziamento, secondo la procedura di cui si parlerà nel paragrafo seguente).

A meno che non vi sia la consapevole scelta di porre in essere un licenziamento inefficace perché (volutamente) privo di motivazione, con il premeditato scopo di incorrere solo nelle sanzioni previste dal nuovo 6° comma dell'art. 18 dello Statuto (come modificato dall'art. 1 comma 42 lett. b. della legge n. 92/2012), magari con la riserva mentale di “scoprire le carte”

nell'eventuale giudizio sulla ingiustificatezza. Un tale comportamento è già stato ipotizzato dai più maliziosi commentatori, ed occorrerà cercare di mettersi al riparo da tanta, eventuale, spregiudicatezza. Uno strumento potrebbe consistere nel continuare a richiedere, con l'impugnazione extra-giudiziale del licenziamento, la precisazione dei motivi, anche se la legge non lo prevede più. Non va infatti dimenticato che, a seguito della novella, il fatto posto alla base del licenziamento viene cristallizzato nella prima comunicazione e sarà alla base del giudizio del magistrato nel successivo processo. La eventuale mancata risposta alla richiesta dei motivi dovrà essere valutata dal giudice sotto il profilo del comportamento delle parti, evidenziandosi la mala fede laddove il datore di lavoro - pur potendo chiarire se si tratta, ad esempio, di un licenziamento per motivo soggettivo o oggettivo, oppure potendolo revocare entro 15 giorni dall'impugnazione - persista nel non voler comunicare le ragioni del recesso. Si potrebbe, a quel punto, verificare se la giurisprudenza sia disponibile ad applicare il principio dell'immutabilità dei motivi anche... al *non motivo*, così impedendo al datore di aggiungerne di ulteriori rispetto a quelli volutamente non forniti.

2. La procedura per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo.

La Legge interviene in materia di giustificato motivo oggettivo (GMO) sotto un triplice profilo: procedurale, di forma e sostanziale.

In particolare si modifica l'art. 7 della l. n. 604/1966, prevedendo che il datore di lavoro con più di 15 addetti nella sede o nel Comune (o più di 60 complessivamente), che intenda porre in essere un licenziamento individuale o plurimo (purché relativo a meno di quattro unità) per GMO debba preventivamente comunicarlo alla Direzione territoriale del lavoro (DTL) e per conoscenza all'interessato, indicando "i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato" (2° comma).

La DTL trasmette alle parti, nel termine "perentorio" di 7 giorni, la convocazione avanti alla Commissione provinciale di conciliazione; le parti *potranno* farsi assistere da un sindacalista, un avvocato o un consulente del lavoro. Per quanto concerne la convocazione al lavoratore, questa si dà per conosciuta se indirizzata al domicilio "ufficiale" (quello comunicato al datore di lavoro) o se ricevuta a mani.

La procedura, nel corso della quale dovranno valutarsi "anche soluzioni alternative al recesso" (6° comma), si conclude entro 20 giorni dalla data di convocazione, salvo concorde rinvio per definire un eventuale accordo e salvo "legittimo e documentato impedimento del lavoratore" (9° comma): in tale ultimo caso la procedura può essere sospesa per non più di 15

giorni. Alla sua conclusione, il datore di lavoro potrà comunicare il licenziamento al lavoratore (anche se - si è sostenuto - avrebbe potuto farlo pure in caso di inosservanza, da parte della DTL, del termine perentorio di 7 giorni per l'invio della convocazione).

Il procedimento vorrebbe allineare il nostro ordinamento a quelli europei: si segnala che, oltre al più volte citato modello tedesco, anche il legislatore francese accoglie una soluzione simile, laddove impone l'onere di informare le rappresentanze dei lavoratori in azienda e l'autorità amministrativa in ogni caso di licenziamento "per motivo economico", sia individuale che collettivo.

La nuova procedura, nel suo testo originario - prima degli emendamenti che l'hanno svuotata di significato - per la prima volta poneva un limite effettivo all'esercizio del potere di recesso del datore di lavoro *individuale* o *plurimo* fino a quattro addetti, analogo a quello previsto in caso di denunciato esuberato di più di cinque unità in cui va attivata la procedura di mobilità disciplinata dagli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991, rendendola cosa diversa dal vecchio tentativo di conciliazione: con quest'ultimo il lavoratore già licenziato vedeva congelato per 60 giorni il suo diritto di agire in giudizio per ottenere la reintegrazione, mentre la procedura in commento non avviene in stato di disoccupazione, essendo anzi finalizzata a prevenirlo e magari evitarlo.

Anche nella sua versione iniziale, peraltro, questa "procedura di raffreddamento" aveva il limite del coinvolgimento *solo virtuale* delle rappresentanze sindacali eventualmente presenti in azienda e/o delle organizzazioni sindacali territoriali. Per rendere *effettiva* la possibilità di assistenza al lavoratore (come lo sarà certamente per il datore di lavoro, che prima di prendere l'iniziativa si sarà consultato con la propria associazione e/o con avvocati o consulenti del lavoro) sarebbe stato necessario rendere obbligatoria la comunicazione iniziale per conoscenza alle RSU/RSA o, in loro assenza, alle organizzazioni sindacali territoriali più rappresentative. Si ritiene comunque che i membri delle OO.SS facenti parte delle singole Commissioni provinciale di conciliazione, debbano - quantomeno - essere preventivamente informati delle pratiche che verranno trattate quel determinato giorno, consentendo così alle organizzazioni sindacali di informare per tempo il lavoratore della possibilità e dell'opportunità di farsi assistere dalla RSA e/o da un legale di fiducia del sindacato.

D'altra parte è innegabile che nessuno meglio delle rappresentanze sindacali presenti nel luogo di lavoro può essere in grado di valutare il contesto aziendale. Ne consegue una grande responsabilità in capo ai sindacalisti che dovessero presenziare l'incontro; questi dovranno dimostrare capacità critiche tali da eventualmente contestare i dati forniti dalla società e, soprattutto, proporre l'utilizzo di ammortizzatori sociali conservativi (cassa integrazione,

contratti di solidarietà) e comunque quelle soluzioni alternative al recesso che la giurisprudenza già impone vadano prese in considerazione, come ad esempio, in caso di denunciata necessità di soppressione di un posto di lavoro, di riutilizzo del lavoratore in altre mansioni. È un peccato che sia rimasta inascoltata la proposta di P. Alleva di imporre per legge un vero e proprio obbligo di preventivo ricorso agli ammortizzatori conservativi prima di procedere al licenziamento: un simile “limite esterno” al potere di recesso avrebbe anche potuto favorire, nel tempo di esaurimento dell’ammortizzatore conservativo, il reperimento di altra occupazione.

Conclusivamente, la commissione di conciliazione potrebbe avere un nuovo ruolo importante, da poco perduto a seguito dell’eliminazione dell’obbligatorietà del tentativo di conciliazione da parte della l. n. 183/2010: essa, se il datore comparirà, dovrà formulare una proposta conciliativa e verbalizzarla, mentre del comportamento tenuto dalle parti, risultante a verbale, terrà conto il giudice (e quindi anche, in teoria, di quello del datore che immotivatamente rifiuta soluzioni praticabili che salvaguardino l’occupazione). I funzionari sindacali che assisteranno i dipendenti avranno quindi anche la responsabilità di annotare e memorizzare il contenuto del confronto che si svilupperà in quella sede, per poi darne conto in giudizio (o magari, ancor prima, coadiuvando la redazione del ricorso).

Purtroppo, a seguito delle pressioni di ambienti datoriali, preoccupati per ... lo stato di salute dei dipendenti licenziandi (è diffusa la prassi di licenziare in tronco - con la “offerta” dell’indennità sostitutiva del preavviso - anche persone che non hanno commesso alcuna colpa, per evitare che “si mettano in malattia”) è stato approvato dal Senato, e confermato alla Camera, un odioso emendamento che presuppone una sorta di “presunzione di frode” in capo a tutta la categoria dei dipendenti. In forza di esso il licenziamento intimato all’esito di tale procedimento produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato (art. 1, 41° comma): detto emendamento rischia di svuotare di contenuto la disposizione stessa, non rendendo vantaggioso per il datore partecipare ad una trattativa nella consapevolezza che, decorso il termine della stessa, il licenziamento avrà comunque decorrenza dal momento in cui ha manifestato l’intenzione di licenziare, senza alcun onere aggiuntivo.

Viene fatta salva l’ipotesi di “infortunio occorso sul lavoro” nel frattempo intervenuto: in tale ultimo caso gli effetti del licenziamento rimangono sospesi. Analogo “effetto sospensivo” si avrà qualora nel corso della procedura intervenga il divieto di licenziamento previsto dal Testo Unico per la tutela della maternità e paternità di cui al d.lgs. n. 151/2001, vale a dire dall’inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino.

Sembra invece logico che, ove lo stato oggettivo di gravidanza preceda la comunicazione, il licenziamento non potrà essere neppure irrogato, in quanto sarebbe nullo.

È garantito il diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva che, per quanto previsto come “eventuale” dall’art. 1, 41° comma, è invece sempre dovuto in caso di giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. n. 604/1966). Il periodo di lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato.

Purtroppo, l’obbligo del datore di lavoro di attivare la procedura non è adeguatamente sanzionato, così come non è specificamente sanzionata la mancata comparizione avanti alla DTL del datore che abbia promosso la procedura stessa: per il primo caso, la legge in esame prevede (cfr. art. 18, nuovo 6° comma, Statuto dei lavoratori) una sanzione economica dimezzata rispetto all’ipotesi di accertata ingiustificatezza del licenziamento (sanzione del resto evitabile con la revoca del licenziamento possibile entro 15 giorni dall’impugnazione del medesimo); della seconda condotta dovrà, invece, tenere conto il giudice nella successiva causa di impugnazione del licenziamento, sia per quanto concerne la liquidazione delle spese, sia anche per la determinazione dell’indennità risarcitoria (cfr. art. 18, nuovo 7° comma, della l. n. 300/1970). Si confida nel fatto che tutto ciò possa fungere da deterrente alla tentazione, per il datore di lavoro, di non presentarsi affatto alla DPL per rendere conto delle proprie intenzioni.

3. Termini per l’impugnazione giudiziale

Il termine per fare causa è anticipato (art. 1, 38° comma) a 180 giorni (rispetto ai 270 previsti dal vecchio art. 6, 2° comma, l. n. 604) che decorrono dalla lettera raccomandata con cui il licenziamento è stato impugnato in via stragiudiziale. Tale disposizione è probabilmente collegata al nuovo procedimento di tutela urgente di cui commi 47 e ss. dell’art. 1, trovando il termine breve una ragion d’essere solo per un procedimento sommario ed urgente.

In ogni caso la disposizione non ha una sua logica per le ipotesi in cui non è prevista la reintegrazione, sia nella “vecchia” tutela obbligatoria (sotto i 16 dipendenti) sia nella nuova in cui non è prevedibile si possa ottenere la reintegrazione: un termine eccessivamente “stretto”, infatti, comprimere inutilmente i tempi di trattative per una composizione extragiudiziale della controversia, costringendo i lavoratori a promuovere dei giudizi che magari potrebbero essere evitati, e ciò proprio mentre si afferma, paradossalmente, di voler limitare l’inutile ricorso alla giustizia.

(Art. 1 commi 42 e 43)

(Tutele del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo)

1. Una premessa.

Non c'è dubbio che, nello scontro che ha avuto ad oggetto l'attacco all'art. 18, il testo emerso alla fine del confronto tra le parti sociali sia molto diverso da quello previgente, avendo subito profonde e sostanziali modifiche proprio sul diritto alla reintegrazione. Anche se va detto che le resistenze che il governo ha incontrato sulla sua strada (da parte del sindacato nonché di varie forze politiche, presenti e non in Parlamento) non hanno consentito di raggiungere quello che era con ogni probabilità l'obiettivo iniziale: chiudere in maniera netta la porta alla reintegrazione, salvo che in caso di licenziamento "discriminatorio", prevedendo un mero indennizzo per il licenziamento privo di *giustificatezza* o intimato senza il rispetto di requisiti di forma e/o di procedura.

Se una soluzione del genere avrebbe voluto dire il raggiungimento della tanto agognata prevalenza della libertà di iniziativa economica privata rispetto alla tutela della stabilità del rapporto di lavoro, pur tuttavia non possiamo nasconderci che il testo attuale, nonostante gli sforzi interpretativi che andremo a proporre, si caratterizza per l'indubbia volontà di attribuire carattere marginale alla reintegrazione.

2. Il licenziamento discriminatorio: tutela reale "piena".

L'art. 1, 42° comma, riscrive l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori prevedendo, al nuovo primo comma, che il giudice – con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della l. n. 108/1990, in quanto determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali (come previsto dall'art. 4 della l. n. 604/1966), ovvero dall'adesione o meno ad un'associazione sindacale, dalla partecipazione ad uno sciopero, o intimato a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di "handicap, di età, o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali" (art. 15, l. n. 300/1970, come novellato dapprima dall'art. 13, l. n. 903/1977 e poi dall'art. 4, 1° comma, d.lgs. n. 216/2003), oppure perché in costanza di matrimonio, o intimato nel periodo dall'inizio della gravidanza al compimento di un anno di età del figlio (e per il diverso previsto periodo in caso di adozione), o a causa della richiesta o fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o basati su un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.

– ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore indipendentemente dal motivo formalmente adottato e quale che sia il numero dei dipendenti occupati.

Questa previsione non innova il licenziamento discriminatorio come attualmente disciplinato nel nostro ordinamento, in quanto l'art. 3 della l. n. 108 prevedeva già espressamente l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto ai licenziamenti di cui agli artt. 4, l. n. 604 e 15, l. n. 300, indipendentemente dalla consistenza dell'organico del datore di lavoro.

Va però detto che l'espresso richiamo alla tutela reale "piena" anche per ipotesi in cui era disposto dalla legge il "solo" ripristino del rapporto e la riammissione in servizio del lavoratore contribuisce a fare chiarezza su questioni prima controverse in ambito di "tutela reale", quali il diritto alla misura minima delle 5 mensilità o all'indennità sostitutiva della reintegrazione (15 mensilità) per la "lavoratrice madre" licenziata ingiustificatamente: peccato che questo chiarimento, che avrebbe potuto essere la conferma dell'art. 18 come "norma di chiusura" di tutte le fattispecie di illegittimità, arrivi il giorno... del suo funerale.

Le nuove disposizioni si affiancano ad un complesso di norme, già presenti nel nostro ordinamento, seppure poco utilizzate dai giuslavoristi (artt. 43 e 44, Testo Unico sull'immigrazione ex d.lgs. n. 286/1998; art. 38, d.lgs. n. 198/2006; d.lgs. n. 215/2003; art. 28 d.lgs. n. 150/2011), che approntano una tutela agile ed incisiva idonea a garantire, senza possibilità di dubbio, anche interventi in materia di occupazione dei lavoratori licenziati.

Essendo, ora, la valorizzazione di possibili profili antidiscriminatori la via più certa per la "tutela forte" di cui al 1 comma dell'art. 18, sarà senz'altro opportuno un diverso approccio alla materia. Anche senza arrivare a ritenere la «sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato» (questo l'approdo di sofisticate e approfondite riflessioni dottrinali: v. M.T. Carinci) qualora nel corso del giudizio dovesse risultare – ad esempio – insussistente l'invocato motivo oggettivo, potrebbe essere più agevole ricondurre la motivazione a caratteristiche soggettive non gradite e quindi (forse) a intenti discriminatori.

Va infine apprezzato che nel richiamo all'art. 1345 cod. civ. non vi siano riferimenti all'avverbio "esclusivamente" contenuto nella norma del codice: considerato che la giurisprudenza fino ad oggi pronunciatasi ha preteso l'*unicità* del "motivo illecito determinante" come requisito di nullità dell'atto del licenziamento, potrebbero aprirsi interessanti spazi di interpretazione su una nuova ipotesi di motivo illecito privo del requisito dell'esclusività. D'altra parte anche recentemente la Corte di Cassazione ha ritenuto il licenziamento discriminatorio sancito dall'art. 4 della l. n. 604, dall'art. 15 della l. n. 300 e dall'art. 3 della l. n. 108 suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli

motivi vietati comprende anche il licenziamento **per ritorsione** o rappresaglia, attuato a seguito di comportamenti risultati sgraditi all'imprenditore, che costituisce cioè l'ingiusta ed arbitraria reazione - seppure sempre quale *unica* ragione del provvedimento espulsivo - essenzialmente quindi di natura vendicativa (Cass. 18 marzo 2011, n. 6282).

3. Giustificato motivo soggettivo (GMS), giusta causa, licenziamento disciplinare.

3.1. Nozioni essenziali.

Il licenziamento "per giusta causa" (art. 2119 cod. civ.) richiede un comportamento intenzionale del lavoratore incidente sull'elemento fiduciario del rapporto di lavoro, tale da porlo radicalmente in discussione giustificando la risoluzione «in tronco», senza diritto al preavviso.

Il licenziamento per "giustificato motivo soggettivo" (art. 3, l. n. 604/1966) si realizza quando l'inadempimento del lavoratore ai propri obblighi contrattuali sia di tale rilevanza da far ritenere la prosecuzione del rapporto pregiudizievole per il conseguimento degli scopi aziendali. Il licenziamento non priva il lavoratore del diritto al preavviso.

Se il lavoratore contesta in giudizio la sussistenza di una giusta causa o di un GMS, il giudice è tenuto ad accertare se il provvedimento di licenziamento è **proporzionato**, cioè adeguato e non eccessivo, rispetto ai fatti addebitati (art. 2106 cod. civ.). Tale valutazione deve essere effettuata con riferimento alla gravità dei fatti nella loro materialità, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità dell'elemento intenzionale.

Il giudice, nella valutazione del caso concreto, pur dovendo tener conto delle tipizzazioni di giusta causa e di GMS presenti nei contratti collettivi oppure nei contratti di lavoro certificati (cfr. art. 30, l. n. 183/2010), resta in definitiva vincolato solo dalla legge, e cioè dalle nozioni legali di giusta causa (art. 2119 cod. civ.) e GMS (art. 3, l. n. 604), nonché dal criterio di proporzionalità (art. 2106 cod. civ.): in altri termini, anche quando è prevista la sanzione del licenziamento in relazione ad un certo comportamento, il giudice può (deve) sempre valutarne la rilevanza e gravità rispetto alle circostanze del caso concreto.

Il licenziamento per giusta causa o GMS, in quanto legato ad una condotta ritenuta censurabile del lavoratore, è un *licenziamento disciplinare* che resta soggetto alla garanzia procedimentale della contestazione preventiva dell'addebito a norma dell'art. 7, 2° comma, Statuto dei lavoratori.

Il codice disciplinare, contenente le condotte passibili di sanzione e le relative sanzioni, deve essere affisso in luogo accessibile a tutti (art. 7, 1° comma, l. n. 300). Tale regola subisce

un'eccezione in caso di infrazioni il cui divieto risiede nella coscienza sociale quale "minimum" etico, oppure in disposizioni di legge (specie in caso di reato). In questo caso il potere di licenziamento non trova la sua fonte (solo) nel codice disciplinare, bensì nell'art. 2119 c.c. e art. 3, l. n. 604.

Per poter procedere ad un licenziamento disciplinare il datore di lavoro ha un obbligo di preventiva contestazione scritta del fatto (art. 7, 2° comma); questa deve essere sufficientemente precisa e dettagliata, in modo da dare la possibilità al lavoratore di presentare le proprie difese (una contestazione generica è equiparata ad una mancata contestazione).

Il lavoratore ha la possibilità, entro 5 giorni (salve le previsioni più favorevoli previste dai contratti collettivi), di presentare delle proprie giustificazioni scritte, anche tramite un legale o un sindacalista (art. 7, 2° comma), nonché orali (3° comma), essendo però in quest'ultimo caso opportuno avvalersi della possibilità di farsi assistere da un rappresentante sindacale.

La sanzione disciplinare (perfino quella, più grave, del licenziamento) non può essere irrogata prima che siano trascorsi 5 giorni dalla contestazione dei fatti al lavoratore. Il termine in questione deve essere rispettato anche in caso di licenziamento per giusta causa, salva per il datore la facoltà di adottare immediatamente un provvedimento di sospensione cautelare del lavoratore (che non ha natura disciplinare!), ove si ritenga che la sua mancanza sia tale da non consentire l'ulteriore presenza nel luogo di lavoro.

Accanto alle previsioni garantistiche dell'art. 7 la giurisprudenza ha introdotto delle ulteriori tutele per il lavoratore che subisce un procedimento disciplinare.

In primo luogo è pacifico che, per rendere effettivo il diritto di difesa del lavoratore, sia la contestazione che l'irrogazione del vero e proprio provvedimento debbano essere "tempestive" rispetto ai fatti contestati (entro un termine ragionevole). Tale principio di immediatezza (o **tempestività**) deve peraltro essere inteso in senso relativo, cioè avendo riguardo alla necessità, specie nell'ipotesi di indagini difficili e complesse, di un'adeguata ricostruzione e valutazione della condotta del lavoratore, purché, però, il ritardo non diventi pretesto per un comportamento in violazione dei principi di buona fede. Se poi sono i contratti collettivi a prevedere dei termini precisi per il procedimento disciplinare, il mancato rispetto di tali termini ha – fino alla riforma in commento – comportato il venir meno del potere di contestare l'illecito al lavoratore e dunque l'illegittimità del licenziamento.

In secondo luogo, è altrettanto pacifico che i motivi di licenziamento esplicitati sia nella contestazione disciplinare, che nella lettera di licenziamento, sono considerati **immutabili**: le ulteriori allegazioni del datore di lavoro, ad esempio emerse in corso di processo, sono

pertanto del tutto irrilevanti (se non in quanto circostanze meramente confermative).

3.2. Le modifiche apportate dalla riforma

Va premesso che quanto sopra detto non è stato cancellato con un colpo di spugna, restando comunque tali parametri dei punti di riferimento nelle decisioni dei giudici: cambia tuttavia la loro incidenza sulle conseguenze sanzionatorie. Prima, infatti, l'accertamento di un vizio di forma/procedura dava sempre luogo, al di sopra dei requisiti dimensionali dell'art. 18, alla tutela reintegratoria, rendendo superflua una successiva verifica sul merito. Con l'entrata in vigore della legge n. 92/2012 le sanzioni vengono differenziate in relazione al tipo di illegittimità rilevata (vizio di forma/procedura o di giustificazione), imponendo agli operatori giuridici un approccio radicalmente diverso.

L'illegittimità del licenziamento, al di fuori delle ipotesi di discriminazione di cui al 1° comma, può dar luogo ad applicazione della tutela reintegratoria "attenuata" (4° comma), della tutela obbligatoria "forte" (5° comma) e della tutela obbligatoria "debole" (6° comma).

Il 4° comma del nuovo art. 18 prevede che se il giudice «accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro» si applica la tutela reale (e le condanne accessorie) in due ipotesi: 1) «insussistenza del fatto contestato»; 2) «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

A) "Insussistenza del fatto contestato".

Secondo un'interpretazione letterale della norma, la tutela reale dovrebbe essere applicabile solo se i motivi concreti adottati dal datore di lavoro quale giusta causa o GMS sono del tutto inesistenti (vera e propria insussistenza storica del fatto): in altri termini – per l'opinione di P. Ichino – al caso in cui «il datore di lavoro abbia imputato al/alla dipendente una mancanza che non è stata da lui/lei commessa». Contrapposto a questa ipotesi viene prospettato, dallo stesso Autore, «il caso – di gran lunga più frequente nella nostra casistica giudiziaria – in cui la mancanza risulti effettivamente commessa dalla persona che ne è stata imputata, ma sia ritenuta dal giudice non così grave da giustificare il licenziamento, oppure il licenziamento sia ritenuto viziato da un difetto di immediatezza. Qui a determinare il "sinistro" - considerandosi come tale il licenziamento disciplinare ingiustificato - concorre una colpa del lavoratore; ed è questo a giustificare una sanzione di natura soltanto pecuniaria».

Riteniamo però possibile ed auspicabile una diversa interpretazione del testo di legge, in

base alla quale il licenziamento ritenuto dal giudice sproporzionato rispetto ai fatti contestati possa ancora dare luogo alla sanzione della reintegrazione.

Si consideri, innanzi tutto, che in una prima versione del disegno di legge il giudice avrebbe potuto ordinare la reintegra solo dopo aver accertato che il lavoratore “non ha commesso” il fatto contestato, oppure che “il fatto non sussiste”: cioè – in questo caso sì – se non esiste, è del tutto inventato. La formulazione definitiva della legge n. 92/2012 (che parla di “insussistenza del fatto”) pare invece lasciare aperta la porta ad una valutazione giudiziale della rilevanza e della gravità dei fatti addebitati al lavoratore, alla luce del contesto in cui essi si sono verificati.

Questa interpretazione dell’espressione “insussistenza del fatto” pare trovare conferma se si prova a fare un confronto con la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (GMO). Dopo la riforma, anche se il giudice accerta la mancanza di un GMO - come meglio si dirà tra breve - la sanzione prevista è la (mera) tutela obbligatoria, salvo che in caso di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». È del tutto evidente che il legislatore per “manifesta insussistenza” non intende “manifesta inesistenza storica”, quanto piuttosto “palese irrilevanza o inconsistenza” dei fatti posti dal datore di lavoro alla base di licenziamento, a meno che si voglia giungere all’assurdo di ritenere che un fatto possa essere inesistente e manifestamente inesistente! Orbene, dato che all’interno di una stessa norma (il nuovo art. 18) non si possono attribuire due significati diversi allo stesso termine, è inevitabile concludere che, anche nel caso del licenziamento per GMS o per giusta causa (comma 4°), il giudice, se accerta l’irrilevanza e/o inconsistenza dei fatti posti alla base del licenziamento, dovrà disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

“Insussistenza”, quindi, non nel senso di *inesistenza* bensì di *inconsistenza* dei fatti contestati alla luce delle circostanze di tempo e di luogo, ovvero di altro riferimento al caso concreto che il giudice ritiene rilevante nella valutazione del comportamento del lavoratore (ai sensi dell’art. 2106 cod. civ. che – come già osservato – resta pur sempre la norma chiave in tema di licenziamento disciplinare).

*

Riteniamo che possano rientrare nel concetto di “insussistenza del fatto” anche dei vizi del provvedimento apparentemente solo formali, come nel caso in cui nella contestazione disciplinare non venga esplicitato quali sono i fatti addebitati al lavoratore in termini tempestivi e in modo chiaro e preciso. Invero detti vizi si ripercuotono sulla sostanza del licenziamento, poiché posti a presidio dell’esercizio del diritto di difesa.

A.a) *immediatezza/tempestività*: si è rilevato come il ritardo nella contestazione sia contrario a buona fede e correttezza (il lavoratore ha il legittimo affidamento che il suo comportamento sia stato corretto) e, in definitiva, faccia venir meno l'interesse in concreto all'esercizio del potere disciplinare in relazione ad una determinata condotta. Ne consegue, a nostro avviso, che un fatto particolarmente grave (e in effetti accaduto e pertanto storicamente "sussistente"), "riesumato" in una contestazione disciplinare a distanza eccessiva di tempo sia da ritenersi *insussistente* ai sensi del 4° comma del nuovo art. 18, perché privo di rilevanza giuridica, con conseguente diritto alla reintegrazione.

A.b) *specificità*: si ritiene che il giudice non potrà esimersi dal valutare se la gravità del vizio di *genericità* sia tale da ripercuotersi sulla sostanza del licenziamento. In altri termini, a fronte di una motivazione talmente generica da impedire al lavoratore di esercitare il diritto di difesa rispetto ai fatti addebitati, questi ultimi non potranno che essere considerati *insussistenti*. Eventuali fatti allegati successivamente, anche nel corso del giudizio, stante il principio di immutabilità dei motivi di licenziamento, non potranno peraltro esser presi in considerazione, in quanto (alla luce dei nuovi parametri) privi di *sussistenza* giuridica.

B) "Il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni (della legge) dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili."

Va subito detto che le parole "*della legge*", contenute nel testo iniziale del d.d.l. presentato al Parlamento, sono state soppresse a seguito di un emendamento proposto da entrambi i relatori al Senato (on. Treu del PD e on. Castro del PdL) e recepito dal governo. Alla Camera il testo è rimasto invariato. Ciò che è apparso preoccupante sono le ragioni per cui Confindustria ha chiesto e ottenuto l'emendamento: dopo un articolo di G. Galli e N. Picchio sul *Sole 24 Ore* del 15 aprile 2012 si era infatti sviluppato un dibattito interno al fronte datoriale, nel timore che il richiamo alle "previsioni della legge" potesse assumere «un significativo rilievo, quantomeno per la autorevolezza del codice civile (...) attribuendo ai giudici un'ampia discrezionalità – che può anche prevaricare le regole disciplinari stabilite dai contratti collettivi – derivante dall'art. 2106 cod. civ.» (A. Maresca). In altri termini si era ritenuto che il riferimento alle "previsioni della legge" potesse aprire alla possibilità per il giudice di ordinare la reintegra in caso di licenziamento illegittimo per sproporzione tra i fatti contestati e il provvedimento datoriale.

Per ragioni eguali ed opposte, con un appello sottoscritto da oltre ottanta giuslavoristi *pro labor*, si era cercato, invano, di conservare la precedente formulazione.

Con la formulazione definitiva della legge n. 92/2012, oltre che nell'ipotesi di "insussistenza del fatto", la sanzione della reintegrazione dovrebbe essere applicabile solo al caso in cui il licenziamento sia riferito ad una condotta per la quale il contratto collettivo o il codice disciplinare prevedevano espressamente l'applicazione di una sanzione conservativa (richiamo orale o scritto, multa, sospensione).

Si tratta di un'ipotesi di errore così grossolano da far ritenere inverosimile il suo verificarsi. Vanno comunque valorizzate (ed imitate, in termini ancora più espliciti, nei prossimi rinnovi contrattuali) clausole quali quelle previste, ad esempio, dall'art. 9 Lett. l) Sezione Quarta Titolo VII del CCNL addetti all'industria metalmeccanica privata, che comminano una sanzione conservativa in quelle ipotesi in cui il lavoratore "*in altro modo trasgredisca l'osservanza del presente contratto o commetta qualsiasi mancanza che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene e alla sicurezza dello stabilimento*" (cfr. doc. 14). ELIMINARE

Potrà infatti agevolmente sostenersi che il CCNL dei metalmeccanici, con la prima parte della lettera l) ("*in altro modo trasgredisca l'osservanza del presente contratto*") abbia previsto una norma di chiusura che attribuisce espressamente al giudice la facoltà di valutare il livello di trasgressione del CCNL attraverso una comparazione tra le diverse disposizioni contrattuali.

Si ritiene, comunque, che le "*previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*" non possano essere esaustive e debbano considerarsi un mero parametro per valutare l'addebito *ai fini della reintegra*, proprio in applicazione del criterio codicistico di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c. che - come ricordato - impone una valutazione della gravità del fatto contestato in relazione alle circostanze del caso concreto. Depongono a favore di questa interpretazione anche i lavori parlamentari, giacché non è stato accolto l'emendamento del Governo al Senato nella parte in cui intendeva sostituire la parola "previsioni" con "tipizzazioni", al fine di vincolare in maniera assai più stringente il sindacato del giudice. D'altra parte, secondo il terzo comma dell'art. 30 della legge n. 183/2010 (non modificato sul punto dalla legge n. 92/2012) il giudice deve (solo) *tener conto* delle «tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro» e quindi ben potrà utilizzare le medesime come mero criterio di riferimento.

Se si precludesse al giudice una simile possibilità si creerebbe una situazione paradossale: dal momento che i contratti collettivi non potranno mai avere una tipizzazione completa di tutte le condotte umane, specie quelle di lieve gravità, potrebbe darsi che, proprio in relazione a queste ultime, un datore di lavoro intimi consapevolmente un licenziamento ingiustificato motivandolo con una sciocchezza, per sottrarsi alla reintegrazione. Si pensi ad una

contestazione disciplinare di questo tipo: *”Lei ha rivolto al Suo superiore gerarchico uno sguardo ironico e beffardo, facendo in tal modo venire meno l’elemento fiduciario....”*. Dando per scontato che, in questo caso, la “mancanza” sia stata effettivamente commessa (e quindi che, nella accezione letterale, vi sia la “sussistenza del fatto”), non trovandosi alcun CCNL che sanzioni una simile condotta con un provvedimento conservativo, se ne dovrebbe dedurre che il giudice, una volta dichiarato illegittimo e ingiustificato il licenziamento, non possa disporre la reintegrazione!

Poiché una soluzione del genere sarebbe ingiusta e irragionevole, si ritiene che, in ogni caso, non sia mai precluso al giudice di applicare la tutela reale in conseguenza di un accertamento di non proporzionalità del licenziamento nel caso in cui non sia prevista una specifica sanzione conservativa per un determinato addebito. Ciò, a maggior ragione, a fronte delle previsioni dei “codici disciplinari applicabili” che non hanno natura contrattuale e possono essere stati elaborati unilateralmente dal datore di lavoro: non si vede proprio come in tali ipotesi possa impedirsi un intervento del magistrato ove *le previsioni* non dovessero corrispondere a criteri equi.

C) “Le altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa”.

A norma del 5° comma del nuovo art. 18, “il giudice, *nelle altre ipotesi* in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa” applica **la tutela obbligatoria “forte”**: dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto, secondo i criteri di cui si parlerà in seguito.

L’individuazione di tali “altre ipotesi” dipenderà, in effetti, dal significato attribuito al 4° comma della norma, di cui si è parlato alle lettere A) e B) del paragrafo che precede. In particolare, il 5° comma citato può essere un contenitore stretto o ampio: *stretto* se si accoglie l’interpretazione fino ad ora proposta in merito alle conseguenze (annullamento del licenziamento e condanna alla reintegra, seppure in forma attenuata) della violazione del canone di proporzionalità di cui all’art. 2106 c.c. e di tempestività e genericità della contestazione disciplinare; *ampio* se si accoglie l’interpretazione letterale per quanto concerne il concetto di “insussistenza del fatto” e se si considera la violazione dei canoni di tempestività e di specificità sanzionabile con la mera tutela obbligatoria.

Nel primo caso la tutela reintegratoria continuerebbe ad essere la principale e generale

sanzione per il licenziamento disciplinare illegittimo; nel secondo caso il medesimo ruolo di “sanzione tipo” sarebbe invece assolto dalla tutela indennitaria di cui al 5° comma.

4. Il giustificato motivo oggettivo.

4. 1. Situazioni oggettive legate alle condizioni di salute del lavoratore.

Il confronto tra il governo e le parti sociali sulla riforma del mercato del lavoro ha visto nella modifica della disciplina del licenziamento per ragioni economiche o organizzative – meglio conosciuto come licenziamento per giustificato motivo oggettivo (GMO) – il suo epicentro. Sul punto, in particolare, sembrava proprio che il governo non intendesse arretrare di un passo rispetto all’idea di dover sanzionare l’insussistenza del motivo oggettivo addotto dal datore con la sola indennità. A ragione, quindi, la Cgil ha insistito per non rinunciare alla sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro (oltre a quelle accessorie previste dalla legge) anche in relazione a tale fattispecie, sebbene la “marcia indietro” effettuata sul punto dal governo sia solo parziale e - come si vedrà - dagli effetti limitati.

Il nuovo 7° comma dell’art. 18 prevede tre diverse conseguenze a fronte di un licenziamento ingiustificato: una di applicabilità automatica della tutela reintegratoria, seppur nella forma “attenuata”; una di applicabilità eventuale della reintegra, lasciata alla discrezionalità del giudice; una, infine, in cui è prevista la sola tutela obbligatoria.

Il comma esordisce “affrancando” talune ipotesi dalla disciplina introdotta per il giustificato motivo oggettivo, che di certo non rientravano nel piano di riduzione dei costi per il datore di lavoro in caso di “licenziamento economico” e per le quali l’esclusione del diritto alla reintegra sarebbe risultata scandalosa. Si tratta di casi tradizionalmente ricompresi nella categoria del giustificato motivo oggettivo, in cui il licenziamento è afferente alla situazione personale del lavoratore (in particolare alle sue condizioni di salute), pur derivando il motivo “immediato” della soppressione del posto di lavoro da esigenze di funzionamento dell’organizzazione produttiva. In altri termini, si tratta di casi in cui il giudice è chiamato ad effettuare un delicato bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti: il diritto alla salute ed il diritto al lavoro, da un lato, ed il diritto all’iniziativa economica, dall’altro. Specie ove il pregiudizio sia riconducibile all’ambiente lavorativo, il legislatore stesso ritiene ancora meritevoli della “tutela reale”, sempre ove il recesso sia considerato ingiustificato, le situazioni:

a) di lavoratori che diventano inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia o, comunque, se sono divenuti inabili a causa

dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in giudizio, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro (art. 4, 4° comma, l. n. 68/1999);

b) di disabili obbligatoriamente assunti, in caso di aggravamento o di variazioni dell'organizzazione del lavoro, sia ove gli stessi abbiano chiesto l'accertamento della compatibilità delle mansioni affidate con le proprie condizioni di salute, sia ove il datore di lavoro abbia ritenuto di non poterli più utilizzare in azienda, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro (art. 10, 3° comma, l. n. 68);

c) di controversie sul superamento del periodo massimo di conservazione del posto in caso di malattia (art. 2110, 2° comma, cod. civ.).

Il giudice, in questi casi, obbligatoriamente “applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo”, e cioè, annulla il licenziamento, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore e lo condanna al pagamento di un'indennità non superiore a dodici mensilità.

4.2. Situazioni oggettive legate a motivi economici o organizzativi.

Prosegue poi il settimo comma: [il giudice] “*Può* altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”.

Va innanzi tutto sottolineato che, su questo specifico punto, al giudice viene riconosciuto un ampio potere discrezionale, in controtendenza rispetto all'impostazione del precedente governo (si pensi all'art. 30 della l. n. 183/2010, peraltro inutilmente “rafforzato” dall'art. 1, 43° comma, della legge): l'uso del verbo “*potere*” sembra infatti attribuire una mera facoltà di disporre la reintegrazione. È quanto, del resto, il capo del governo Monti ha confermato in data 8 Aprile 2012 in replica al Wall Street Journal: “Per il motivo economico non è più previsto il reintegro. Solo nel caso in cui il reintegro sia considerato manifestamente insussistente il giudice può, non deve, come chiedevano il PD e certi sindacati, decidere per il reintegro”.

La reintegrazione, dunque, appare prevista come *eventualità*, e nelle sole ipotesi di “manifesta insussistenza” del fatto posto a fondamento del licenziamento. E qui, però, forse si aprono interessanti scenari sui poteri del magistrato, chiamato ad una valutazione - seppure di verità - sulle scelte imprenditoriali poste in essere.

L'aggettivo che dovrebbe caratterizzare l'insussistenza (“manifesta”) desta molte perplessità: quando ci si propone (in buona fede) di scongiurare gli abusi non si può pretendere che chi pone in essere una condotta illegittima lo faccia in modo manifesto. Gli

imprenditori furbi che decideranno di ricorrere a tale causale per liberarsi di un dipendente sgradito si guarderanno bene dal confessarlo, e conseguentemente cercheranno di nascondere e mascherare l'illegittimità della propria condotta. In altre parole di renderla occulta e non manifesta.

Si confida, peraltro, che i giudici possano intervenire in via interpretativa. Considerando che il tentativo, timidamente esperito in corso di approvazione della legge, di sostituire il verbo "potere" e/o di eliminare l'aggettivo "manifesta" non ha avuto buon esito, non ci si può sottrarre allo sforzo di ricercare le interpretazioni della formulazione prescelta meno nocive per i lavoratori, senza ignorare che l'intenzione di chi l'ha redatta va nella direzione di rendere residuale la tutela reale.

Al riguardo, è utile richiamare brevemente le direttrici lungo cui si è snodato in passato il controllo giurisdizionale in tema di licenziamento per GMO, al fine di valutare le possibili ripercussioni della riforma ed ipotizzare in quali casi potrebbe essere ancora disposta la reintegra.

4.2.1. Nozioni essenziali.

Va premesso che, in linea di principio, in tema di GMO, il giudice può effettuare un controllo di legittimità, e non di merito, con riguardo all'esercizio del potere di licenziamento (vd. art. 30, l. n. 183/2010, nonché la giurisprudenza di Cassazione). Al giudice non è consentito, in altri termini, di indagare l'*opportunità* della scelta, al fine di non travalicare le prerogative attribuite al datore di lavoro circa l'organizzazione dell'impresa. Affinché, tuttavia, il controllo non si risolva in una verifica meramente formale del potere datoriale, il controllo di legittimità può investire, entro certi limiti, le finalità della scelta organizzativa: è stato, ad esempio, ritenuto ingiustificato il licenziamento per soppressione del posto se meramente strumentale ad un incremento di profitto, dovendo essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti (Cass. 9 luglio 2012, n. 11465; Cass. 18 aprile 2012, n. 6026; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2712) che influiscano in modo decisivo sulla normale attività produttiva e impongano una effettiva necessità di riduzione dei costi (Cass. 6 luglio 2005, n. 14215).

Come noto, inoltre, tale controllo di legittimità del licenziamento per ragioni economiche o organizzative verte sui seguenti aspetti:

a) Effettività delle esigenze aziendali richiamate nella motivazione del licenziamento, ferma restando l'insindacabilità, sotto il profilo della congruità ed opportunità, della scelta

imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto di lavoro;

b) L'impossibilità d'un diverso impiego in azienda: l'obbligo di *repechage* è un principio assolutamente acquisito, non solo su mansioni *equivalenti*: si è infatti ritenuto che il datore di lavoro debba aver prospettato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un reimpiego in mansioni *inferiori* rientranti nel bagaglio professionale del dipendente, purché tali mansioni siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore (Cass. 1 luglio 2011 n. 14517). Sul punto le diverse opinioni differiscono solo nell'attribuire o meno al lavoratore un onere di allegazione (cioè di indicazione) delle posizioni professionali dallo stesso eventualmente ricopribili. L'impossibilità d'un diverso impiego deve sussistere anche rispetto a diverse località (Cass. 3 settembre 2008, n. 22163), cantieri (Cass. 22 ottobre 2009, n. 12417) o filiali persino estere (Cass. 15 luglio 2010, n. 16579).

c) La sussistenza di un preciso nesso di causalità tra le esigenze di riorganizzazione ed il licenziamento di *quella specifica persona*: in altri termini la prestazione deve risultare inutilizzabile oggettivamente, a causa della diversa organizzazione che viene introdotta, “e non quindi in forza di un atto del datore che presenti margini di *arbitrarietà*, da determinare, con stretto nesso di consequenzialità, l'inutilizzabilità della posizione lavorativa considerata” (Cass. 6 luglio 2005, n. 14215).

d) In caso di accertata fondatezza delle esigenze di riduzione di personale, la necessità che comunque siano utilizzati dei criteri di scelta secondo principi di buona fede e correttezza nella selezione dello stesso personale in esubero. Tali criteri, dovendo essere oggettivi e predeterminati, sono stati individuati dalla unanime giurisprudenza in quelli previsti dall'art. 5 della l. n. 223/91 per i licenziamenti collettivi, così da escludere che il licenziamento delle persone selezionate possa essere il risultato di una scelta a contenuto discriminatorio (v. per tutte Cass. 1 luglio 2011, n. 14518).

Tanto premesso, proviamo ad ipotizzare le situazioni in cui l'insussistenza del GMO potrebbe ritenersi “manifesta”.

4.2.2. Manifesta insussistenza: tutela reale.

Posto che sarà la pratica giurisprudenziale a chiarire la differenza che corre tra la “manifesta insussistenza del fatto” posto a base del licenziamento per GMO e le “altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo”, tracciando in concreto il

confine tra tutela reale e tutela obbligatoria, dovrà ritenersi che il primo caso riguarda l'accertamento dei fatti, il secondo il terreno della valutazione giuridica (c'è il fatto, bisogna valutare la giustificatezza del motivo).

Nell'accertamento del fatto ricorrono senz'altro i presupposti dichiarati dal datore di lavoro (ad es.: calo di fatturato, contrazione di ordini, mancanza di commesse, perdita di importanti clienti, soppressione di un reparto o di un posto di lavoro) e il nesso di causalità tra il provvedimento organizzativo adottato e la posizione del singolo dipendente licenziato. Occorre quindi, innanzi tutto, che i presupposti (la prova della cui esistenza incombe sul datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966) siano *veri* e non artefatti. Ma, a differenza che per il GMS, "il fatto" può non consistere in singoli episodi necessariamente verificatisi al momento del provvedimento espulsivo, potendosi invece riferire a un contesto più generale di circostanze, individuabili anche *ex post*.

Recentemente la Cassazione ha confermato la possibilità di controllo della reale sussistenza della effettività e non pretestuosità del riassetto organizzativo operato, rinvenendo una contraddizione tra la dichiarata crisi economica derivante dalla contrazione di ordini e l'assunzione di altro dipendente avvenuta *pochi mesi prima* del licenziamento, per incombenze "in larga parte" coincidenti (Cass. 3 agosto 2011, n. 16925). Ma ad analoghi risultati si sarebbe potuti giungere in caso di assunzioni *successive* al licenziamento (caso verificabile, purtroppo, solo nello stretto termine per l'impugnazione giudiziale, ridotto a 180 giorni): si ritiene che entrambi tali ipotesi debbano comportare il diritto alla reintegrazione, venendo meno la ragione giustificatrice e comunque il nesso di causalità con *quel* licenziamento.

La reintegrazione potrebbe inoltre trovare applicazione in tutti quei casi in cui non viene confermata l'effettività del riassetto organizzativo operato, ma emerga addirittura la sua pretestuosità: si pensi, ad esempio, oltre al caso del dipendente licenziato e sostituito con l'assunzione di una figura professionale equivalente, anche a quello del lavoratore facilmente riutilizzabile in altro reparto o in altra filiale o cantiere (anche se in tale ipotesi potremo aspettarci l'obiezione che si tratta di infondatezza... non manifesta!). Resta nostra opinione che il fatto "posto a fondamento" di quel determinato licenziamento debba avere uno stretto collegamento causale con la singola postazione che si vuole sopprimere, pena l'insussistenza della giustificazione (= fatto giustificativo).

Potrebbe quindi invocarsi la tutela reale anche laddove il datore di lavoro non riesca a provare di avere assolto l'obbligo di *repechage*: un tale accertamento rientra nel fatto, perchè finalizzato a determinare se sia vero che il datore non ha più la necessità di quella postazione,

cosa che sarebbe smentita dalla ricollocabilità del dipendente su posizioni libere. Il datore, in questo caso, avrebbe fatto un uso dello *jus variandi* in violazione di legge (di diverso avviso A. Bottini e F. Toffoletto che, nell'*instant book* sulla Riforma del lavoro curato da Il Sole 24 Ore, affermano che in tale ipotesi «il giudice non potrebbe adottare la sanzione della reintegrazione ma solo quella dell'indennizzo»).

Lo stesso dicasi per l'applicazione di criteri di scelta obiettivi. Anche in questo caso, verrebbe da dire, il fatto posto a fondamento di quel determinato licenziamento sarebbe privo di collegamento causale con la singola postazione e renderebbe quindi *manifestamente* insussistente il fatto giustificativo: non si tratterebbe, a quel punto, di un licenziamento per motivo obiettivo, ma soggettivo!

Analogamente ove - per esempio - invocata una situazione sfavorevole del fatturato, nel corso del giudizio essa dovesse risultare “gonfiata” oppure meramente provvisoria (nonostante sia stata prospettata come definitiva): si potrebbe sostenere che la sua “non contingenza” comporti una valutazione di manifesta insussistenza (cfr. Cass. 23 febbraio 2012, n. 2712).

Esattamente come per il GMS, “*nelle altre ipotesi* in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo” (oggettivo) il giudice applica **la tutela obbligatoria** di cui al 5° comma, secondo i criteri indicati nel prossimo paragrafo.

Non è facile capire quali casi rientrerebbero in tale definizione. Un dubbio potrebbe sorgere in caso di licenziamento esplicitamente motivato da ragioni cd. “speculative”, ossia unicamente strumentali ad incremento del profitto in assenza di crisi: in questo caso la semplice necessità di riduzione dei costi potrebbe rientrare tra gli “altri casi” di recesso ritenuto ingiustificato in cui il giudice applichi la sola tutela obbligatoria.

Ma, una volta esauriti i tentativi di rendere meno pregiudizievole possibile la riforma in commento, ove passassero interpretazioni più restrittive (secondo le quali la reintegrazione sarà applicata solo al motivo falso o del tutto pretestuoso), la tutela reale resterà davvero residuale.

Il 7° comma si conclude con una disposizione “oscura”, probabile residuo di una precedente versione in cui nel GMO non vi era alcuna previsione di reintegra: si ipotizza, infatti, che il lavoratore formuli una domanda diretta a far risultare il licenziamento “determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari”, che in caso di accoglimento porterebbe all'applicazione delle “relative tutele”. Mentre per l'ipotesi di licenziamento discriminatorio può aver senso per il lavoratore invocare una tutela rafforzata, appare meno ipotizzabile che questo avvenga per un dipendente che dovrebbe sostenere ... di aver

commesso degli addebiti disciplinari, gravi ma non gravissimi, e di essere stato licenziato per quel motivo. Al di là dell'improbabile situazione, ove venisse fornita tale prova ci troveremmo di fronte ad una manifesta insussistenza di GMO, venendo meno ogni ragione per invocare l'identica tutela prevista per il GMS.

5. Le conseguenze del licenziamento illegittimo: il regime sanzionatorio introdotto dal disegno di legge.

Prima della riforma, l'accertamento da parte del giudice dell'illegittimità del licenziamento dava luogo a conseguenze diverse a seconda delle dimensioni occupazionali del datore di lavoro. Come noto, il discrimine per l'applicazione della tutela obbligatoria (il lavoratore può avere la riassunzione, se lo vuole il datore, o il risarcimento del danno, in misura contenuta), oppure della tutela reale (il lavoratore ha diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro ed al risarcimento di tutti i danni subiti) era individuato nella soglia dei 15 dipendenti occupati in una stessa sede o nell'ambito del Comune (ovvero 60 in tutta l'impresa).

Con la riforma la situazione resta invariata nei luoghi di lavoro di dimensioni ridotte, ove permane la tutela obbligatoria "debole" prevista dalla l. 604/66 con la misura dell'indennità risarcitoria conosciuta (in alternativa alla riassunzione, da 2,5 a 6 mensilità), mentre tutto cambia sopra la citata soglia di dimensioni occupazionali ove, in luogo dell'applicazione automatica della tutela reale, abbiamo quattro diversi tipi di sanzione: due forme di "tutela reale", che potremmo definire **a)** "piena" (per il licenziamento discriminatorio ed affini) e **b)** "attenuata" per (solo) alcuni licenziamenti per giusta causa o GMS e per (solo) alcuni licenziamenti per GMO; due forme di "tutela obbligatoria" in alternativa alla reintegrazione: **c)** una forma "forte" (indennità risarcitoria da 12 a 24 mensilità); **d)** un regime a parte per la violazione di obblighi di forma e/o di procedura, con indennità risarcitoria dimezzata (da 6 a 12 mensilità).

Procediamo dunque con ordine.

5.1. Le nuove caratteristiche della tutela reale "attenuata" (limiti della condanna al risarcimento del danno in caso di reintegrazione)

Con il "vecchio testo" dell'art. 18, in caso di reintegrazione, il datore veniva condannato ad un risarcimento dei danni pari alle retribuzioni perse dalla data del licenziamento a quella della *effettiva reintegra*: ciò significa che, se il lavoratore (che impugnava il suo

licenziamento) perdeva la causa in tribunale ma poi otteneva giustizia in grado di appello o in Cassazione, o addirittura nel giudizio di rinvio dopo la Cassazione, ed era rimasto privo di occupazione per tutto il periodo, otteneva dal giudice la condanna del datore di lavoro al risarcimento integrale del danno subito, pari a tutte le retribuzioni perdute nel corso degli anni di durata del processo in tutti i suoi gradi. La giurisprudenza aveva elaborato il principio della detraibilità dall'ammontare del risarcimento di quanto eventualmente percepito lavorando altrove (il cd. *aliunde perceptum*), ponendo però l'onere della prova di tali emolumenti in capo al datore di lavoro; aveva inoltre sostenuto che non fossero detraibili le somme percepite a titolo di disoccupazione (che, a rigore, dovevano essere restituite all'INPS al momento della ricostruzione dell'intero rapporto sotto il profilo retributivo e contributivo) né a titolo di pensione. Era dovuto un risarcimento del danno nella misura minima di 5 mensilità (anche se il lavoratore otteneva la reintegra prima, ad esempio a seguito di un procedimento cautelare) e, se il lavoratore optava per le 15 mensilità di indennità sostitutiva della reintegrazione, aveva diritto alle retribuzioni successive alla sentenza fino alla data dell'effettivo pagamento dell'indennità.

La tutela reintegratoria “piena” viene oggi riconosciuta solo per i casi di licenziamento dichiarato nullo nelle ipotesi previste dal 1° comma dell'art. 18 (licenziamenti discriminatori e per motivo illeciti) e al licenziamento “inefficace” perchè **privo di forma scritta**.

In particolare recita il primo comma: «Il regime di cui al presente *articolo* (ove deve leggersi *comma*: n.d.r.) si applica anche al licenziamento inefficace perchè intimato in forma orale». Quindi il licenziamento orale potrà essere impugnato come prima (con o senza offerta della prestazione lavorativa), ed in mancanza di sua revoca entro 15 giorni il lavoratore potrà agire in giudizio per la reintegrazione. Si consideri che oggi il datore di lavoro non potrà falsamente sostenere – come frequentemente avveniva in passato – l'inesistenza del licenziamento in ragione di asserite dimissioni orali del dipendente, e ciò in quanto l'efficacia delle (presunte) dimissioni del lavoratore sarebbe comunque sospensivamente condizionata alla convalida delle stesse (v. art. 4 commi 17° e ss. legge n. 92/2012 . Sul punto si rinvia al commento di O. Bonardi, su q. Volume - *Misure a favore degli anziani, della genitorialità, dei disabili e degli stranieri*).

Si è ipotizzato che il legislatore, collocando tale disposizione in un comma in cui la “tutela reale forte” viene applicata a tutti i datori a prescindere dalle loro dimensioni occupazionali, possa aver esteso la medesima anche al licenziamento orale al di sotto dei 16 dipendenti.

Per il resto la riforma viene incontro alle esigenze degli imprenditori sotto diversi aspetti. In primo luogo prevedendo non solo che la deduzione di altri redditi sia automaticamente

imposta al giudice, ma anche che questi tenga conto di quanto il lavoratore “avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di nuova occupazione”; in secondo luogo, per neutralizzare il pericolo di un risarcimento danni troppo elevato (anche se corrispondente al danno effettivo), fissando un tetto massimo di 12 mensilità per l’indennità risarcitoria, penalizzando così ingiustamente il lavoratore non tanto nell’ipotesi in cui il processo di primo grado duri più di un anno (ipotesi che dovrebbe ottimisticamente essere scongiurata sia dal nuovo termine di decadenza di 180 giorni per impugnare il licenziamento in via giudiziale, sia dall’introducendo rito speciale per le controversie in tema di licenziamenti: si rinvia al commento di E. Martino in q. Volume), quanto, soprattutto, nel caso sopra ipotizzato in cui egli - perduta la causa in primo grado - riesca a vincerla solo dopo molti anni, in appello o in Cassazione. Il rischio della disfunzione della giustizia, dunque, viene posto interamente a carico del dipendente, con buona pace dei principi di diritto civile in tema di integrale ristoro del danno subito.

Salvo il caso del licenziamento discriminatorio (e affini) di cui al nuovo 1° comma dell’art. 18, non è prevista la misura minima delle 5 mensilità, mentre ulteriori agevolazioni sono previste nel computo dell’indennità risarcitoria, favorendo il datore nel pagamento dei contributi arretrati ed esentandolo da sanzioni per omessa o ritardata contribuzione. In caso di opzione per l’indennità sostitutiva della reintegrazione, è previsto che la “richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro” e quindi il lavoratore non continua a maturare il diritto alla retribuzione: viene così meno l’interesse del datore a provvedere quanto prima al pagamento dell’indennità.

5.2. La nuova tutela obbligatoria: criteri per la determinazione della misura del risarcimento.

Come si è detto, la riforma prevede una soluzione rimediale alternativa alla reintegrazione, ovvero il pagamento di una “indennità risarcitoria onnicomprensiva” (che va da 12 a 24 mensilità) sempre nell’ipotesi che il licenziamento risulti *ingiustificato*.

Tale soluzione interviene nelle “altre ipotesi”:

a) di mancanza di GMS o giusta causa non coincidenti con quelle indicate dal nuovo 4° comma dell’art. 18 dello Statuto;

b) di mancanza di giustificato motivo non coincidenti con quelle relative all’inidoneità psico-fisica o al superamento del comportamento (7° comma, 1° parte) o con le ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto a base del GMO (7° comma, 2° parte).

Il giudice determinerà l'ammontare dell'indennità: a) *in relazione* all'anzianità del lavoratore; b) *tenuto conto*: b1) del numero di dipendenti occupati dall'impresa; b2) delle dimensioni dell'attività economica; b3) del comportamento e condizioni delle parti. Rispetto ai criteri da applicare - che certamente costituiranno un nuovo parametro di riferimento nella valutazione delle ipotesi transattive, sia prima che in costanza di giudizio - il giudice ha un onere di specifica motivazione.

Ciò comporta, quindi, anche un onere di allegazione da parte del lavoratore che promuove la causa: egli, ragionevolmente, proporrà una domanda principale di reintegrazione ed una domanda subordinata di pagamento dell'indennità, supportata da prove o, in loro mancanza, da richiesta di ordine di esibizione al giudice. Per quanto riguarda l'*anzianità del lavoratore* (probabilmente *di servizio*; in ogni caso quella *anagrafica* risulterà dai dati obbligatoriamente inseriti in ricorso) e sulle sue *condizioni* sarà opportuno evidenziare tutte quelle rilevanti ai fini della quantificazione. Sul *numero dei dipendenti* il giudice potrà ordinare al datore di lavoro l'esibizione del libro unico, mentre per le *dimensioni dell'attività economica* potrà forse essere opportuno depositare una visura della società completa di bilanci, dalla quale evincere sia il numero delle unità locali sia il volume d'affari. Sul *comportamento delle parti*, infine si dovrà evidenziare quello censurabile - dal punto di vista attivo od omissivo - del datore tenuto anche in sede di procedura preventiva di conciliazione.

La mancata motivazione da parte del giudice di uno specifico riferimento ai parametri utilizzati per la quantificazione dell'indennità comporterà un vizio della decisione e potrà essere motivo di impugnazione.

Si auspica che, nonostante la dizione "indennità risarcitoria onnicomprensiva" essa si aggiunga comunque all'indennità sostitutiva del preavviso, così come la giurisprudenza ha ritenuto a proposito della "vecchia" tutela obbligatoria (Cass. 8 giugno 2006, n. 13380; Cass. 14 giugno 2006, n. 13732).

6. licenziamento illegittimo per vizi di forma e/o di procedura.

Ulteriore novità introdotta dalla riforma concerne l'introduzione di un regime separato delle conseguenze del licenziamento illegittimo per vizio di forma e/o di procedura.

Fino ad oggi la lesione di elementari procedure garantistiche comportava la stessa conseguenza della violazione di norme sostanziali, per cui il licenziamento viziato veniva considerato dal giudice, ai fini sanzionatori, come licenziamento ingiustificato.

Il (nuovo) 6° comma dell'art. 18 prevede tre ipotesi di "inefficacia" del recesso le cui

conseguenze sono non già la reintegrazione, ma una monetizzazione dimezzata rispetto a quella prevista dal 5° comma (da 6 a 12 mensilità), con esplicito richiamo al 5° comma, che considera “risolto il rapporto *con effetto* dalla data del licenziamento”, salvo che il lavoratore non richieda al giudice un accertamento del difetto di giustificazione.

Le tre ipotesi riguardano: 1) la violazione del requisito di motivazione del licenziamento, che ai sensi del nuovo art. 2 della l. n. 604, deve essere contestuale al licenziamento; 2) la violazione della procedura dell’art. 7 dello Statuto per i licenziamenti disciplinari; 3) la violazione della nuova procedura per i licenziamenti per GMO.

Un’osservazione si rende necessaria: tutti i soggetti (ed in primo luogo il datore di lavoro) sono tenuti al rispetto delle regole della legalità e desta un certo turbamento la (parziale) messa in discussione del principio del rispetto delle forme giuridiche. Ma, limitandoci ad affrontare solo gli aspetti pratici delle novella – ed astenendoci dal disquisire sulle conseguenze giuridiche normalmente derivanti dalla nullità e/o inefficacia di un atto di risoluzione del rapporto (che per definizione non può produrre effetti risolutivi) –, ne evidenziamo quelli più problematici.

1) Il primo riguarda la violazione del requisito di motivazione del licenziamento. A tale proposito si è accennato al fatto che la decisione di sanzionare l’omessa motivazione con un mero indennizzo potrebbe prestare il fianco a comportamenti spregiudicati, potendo teoricamente il datore “scegliere” la strada del vizio di forma, mettendo il lavoratore nella situazione di dover scegliere tra accettare un modesto indennizzo e intraprendere una causa ... alla cieca, nella quale il datore di lavoro potrebbe teoricamente allegare e dimostrare qualunque cosa.

Va però detto che, a ben guardare, la eventuale tattica datoriale di non motivare il licenziamento finalizzata a eludere la reintegrazione per pagare un’indennità risarcitoria pari alla metà di quella prevista per il licenziamento ingiustificato (esponendosi solo al rischio di una causa in cui potrà provare a scoprire le carte che vorrà nel momento in cui lo riterrà opportuno) potrebbe avere il respiro corto: certamente, infatti, il giudice in un’ipotesi del genere, consentirà al lavoratore di sviluppare le proprie difese, e la posizione processuale del datore di lavoro che esporrà per la prima volta i propri motivi potrebbe rivelarsi invece vantaggiosa per il lavoratore, che avrà l’opportunità di replicare evidenziando tutte le contraddizioni e le colpevoli omissioni. A tale proposito si sono suggeriti accorgimenti idonei a contrastare i possibili abusi della norma, quale la richiesta di precisazione dei motivi.

2) La violazione della procedura di cui all’ art. 7 dello Statuto dei lavoratori dovrebbe, in astratto, limitarsi alle ipotesi di inosservanza dei commi 1, 2 e 3 di cui si è parlato a proposito

delle “nozioni essenziali”, anche se la contestazione formulata in modo **generico** equivale, nella sostanza, al vizio di omessa contestazione. Al contrario la mancanza di **tempestività** attiene all’esercizio del potere disciplinare e pertanto soggiace alle sanzioni di cui ai commi 4° e 5° dell’art. 18, sebbene non possa escludersi che il dipendente abbia interesse alla sola indennità “dimezzata” e che possa e voglia invocare l’applicazione del 6° comma.

3) Quanto all’estensione della sanzione “ridotta” anche alla violazione dell’art. 7 della l. n. 604/1966 non può non evidenziarsi l’assurdità di introdurre una nuova procedura, indicando subito una via di fuga dalla stessa “a basso costo”.

Le nuove disposizioni, inoltre, comportano conseguenze non da poco sul processo, che si appesantisce di nuove incombenze istruttorie per il giudice. Se infatti fino alla riforma le problematiche relative ai vizi di forma o di procedura venivano affrontate in via pregiudiziale e conseguentemente il giudice ordinava la reintegra arrestando l’indagine al solo vizio, oggi egli - anche se dovesse pronunciarsi sul solo vizio di procedura - dovrebbe ugualmente entrare nel merito dei parametri di cui si è parlato sopra al par. 4.2. e quindi valutare documenti e forse escutere testi, “con onere di specifica motivazione a tale riguardo”.

Un’ultima osservazione critica va riservata alla parte finale del 6° comma, ove si consente al lavoratore che promuove un giudizio di scegliere se fermarsi alla richiesta risarcitoria oppure chiedere al giudice di “entrare nel merito”, per accertare che vi sia un difetto di giustificazione del licenziamento, disponendo in questo caso l’applicazione, “*in luogo* di quelle previste dal presente comma [del]le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo”.

Chi scrive non trova di per sé scandaloso che chi abbia subito un licenziamento assolutamente *giustificato* possa ottenere solo un risarcimento (e persino contenuto) per l’“errore formale” in cui è incappata la controparte o per aver *trascurato* di osservare la procedura. Può al riguardo osservarsi che la *ratio* di un intervento legislativo in tal senso - come dichiarato nel corso della presentazione del testo del disegno di legge - va ricercata nell’esigenza di sanzionare diversamente le violazioni che si assumono di peso diverso. Ciò detto, logica avrebbe voluto che il risarcimento per la violazione di forma e/o di procedura, nel caso di licenziamento successivamente ritenuto anche ingiustificato, non fosse alternativo alle tutele di cui ai commi 4°, 5° o 7°, ma complementare, in quanto diretto a sanzionare un comportamento qualitativamente diverso.

Va segnalata in chiusura una novità importante: l’estensione della previsione “contro chi si mette in malattia”, contenuta nell’emendamento approvato al Senato e alla Camera (vedi sopra, commento all’art. 1, commi 37-41), anche al licenziamento disciplinare. L’art. 1, 41° comma, della l. n. 92/2012 prevede, infatti, che anche nei procedimenti disciplinari

disciplinati dall'art. 7 della l. n. 300/70 il licenziamento *“produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato”*: in tal modo si inserisce un ulteriore peggioramento alla disciplina del licenziamento disciplinare (per motivo soggettivo) anche al di fuori dell'ipotesi di licenziamento per giusta causa, per il quale è già previsto che il datore possa ricorrere alla sospensione cautelare non disciplinare contestualmente alla contestazione di addebito.

6.1. Le procedure dei CCNL per i licenziamenti disciplinari.

Tra le tre ipotesi di vizio di forma non sono incluse le modalità procedurali previste da molti contratti collettivi, che introducono termini di decadenza, ad esempio, per l'irrogazione del licenziamento disciplinare. La giurisprudenza ritiene che, scaduto il termine indicato nel CCNL di settore senza che il datore abbia emanato la sanzione disciplinare nei confronti del dipendente, egli decada definitivamente dal potere sanzionatorio non potendo più licenziare tardivamente il dipendente, con conseguente illegittimità del licenziamento e diritto alla indennità risarcitoria (v. Cass. 18 marzo 2008, n. 7295).

Quali sanzioni saranno applicate in caso di violazione dei termini convenzionali? È questa una lacuna del testo che probabilmente lascerà spazio a un contenzioso, dal momento che difficilmente potrà sostenersi l'estensione in via analogica di una disposizione speciale e derogatoria prevista per ipotesi tassative.

7. La revoca del licenziamento

Prima della riforma, la revoca del licenziamento da parte del datore di lavoro veniva comunemente considerata una proposta contrattuale di ricostruzione del rapporto; questa conseguentemente doveva essere accettata (anche se non necessariamente per iscritto, essendo sufficiente un comportamento concludente quale la ripresa del lavoro). Si riteneva che la revoca non escludesse l'obbligo di risarcire il danno se non veniva accettata, anche se si è negato il risarcimento in un'ipotesi di immediata ricostruzione del rapporto, che conseguentemente non aveva subito alcuna interruzione.

Un'innovazione introdotta dal nuovo 10° comma dell'art. 18 riguarda la possibilità, per il datore di lavoro, di revocare il licenziamento entro 15 giorni da quando riceve la comunicazione dell'impugnazione. In tal caso, egli è tenuto solo a pagare le giornate non

lavorate.

La volontà del lavoratore se accettare o meno la revoca non viene considerata, e non rilevano le conseguenze sul *rapporto fiduciario* - spesso enfatizzate da parte padronale per contrastare ipotesi di reintegrazione - provocate da una brusca interruzione del rapporto per volontà di una sola delle parti. La dignità ferita del dipendente ingiustamente licenziato conta poco: egli deve “fare finta di niente” e ringraziare del pentimento (probabilmente solo strumentale) il datore di lavoro il quale, essendosi magari accorto di aver commesso un errore di forma, sarà libero di ri-licenziarlo immediatamente dopo.

Va però detto che, per controbilanciare tali disposizioni, sono state introdotte importanti novità (art. 4 commi da 16 a 23) anche in materia di *dimissioni*: da un lato si è rafforzata la tutela per le lavoratrici madri o lavoratori padri (e adottivi), mentre dall’altro si sono previste *per la generalità dei lavoratori* procedure finalizzate ad impedire le “dimissioni in bianco” o a contrastare le “dimissioni estorte”, che attribuiscono al dipendente dimessosi un vero e proprio diritto al ripensamento ed anche, espressamente, alla revoca delle dimissioni (V. il commento di O. Bonardi, su q. Volume).

8. Brevi osservazioni sul regime delle prescrizioni

A fronte di una regola generale, del diritto civile, secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, fanno eccezione i crediti retributivi, per i quali – in alcuni casi – il termine di prescrizione decorre solo dalla fine del rapporto di lavoro: la Corte Costituzionale (sent. 10 giugno 1966, n. 63) ha infatti dichiarato l’illegittimità delle norme del codice civile nella parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro. Ritenendo che il lavoratore potrebbe non esercitare il proprio diritto per il timore reverenziale nutrito nei confronti del datore di lavoro, i giudici delle leggi hanno stabilito che la prescrizione decorra dal momento della cessazione del rapporto di lavoro.

Successivamente, peraltro, la stessa Corte Costituzionale con numerose decisioni ha stabilito che il principio della non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi opera solo per quei rapporti che non sono assistiti dalla garanzia della stabilità (v. per tutte Corte Cost. 20 novembre 1969 n. 143); le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato il principio (Cass. S.U. 12 aprile 1976 n. 1268).

Sino alla novella in esame, si riteneva che la tutela reale fosse garantita dall’art. 18 dello Statuto e che conseguentemente in tale contesto la prescrizione quinquennale dei crediti

retributivi decorresse durante il rapporto a partire dal momento in cui maturava ogni singolo diritto, mentre per i lavoratori non assistiti dalla stabilità reale la prescrizione dei crediti retributivi decorreva solo dalla data di cessazione del rapporto.

Con il nuovo testo dell'art. 18 nessun rapporto potrà considerarsi protetto dalla tutela reale, intendendosi per tale la certezza di ottenere la reintegrazione in ipotesi di licenziamento illegittimo. Ne consegue che la prescrizione non potrà più decorrere in costanza di rapporto anche nelle realtà di maggiori dimensioni occupazionali.

Bologna, 8 Agosto 2012