



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca
in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro
Ciclo 25°
Anno di discussione 2013**

Il controllo giudiziale sui licenziamenti

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/07
Tesi di Dottorato di *Adriano Cirillo Carmelo*, matricola 955735**

Coordinatore del Dottorato

Prof. Luigi Benvenuti

Tutore del Dottorando

Prof. Adalberto Perulli

Università Cà Foscari

*Il controllo giudiziale sui
licenziamenti*

Tutore: Adalberto Perulli

Tesi di dottorato di Adriano Cirillo Carmelo

Matricola: 955735

Anno: 2013

IUS/07

SOMMARIO

INTRODUZIONE	7
PARTE I: Il controllo giudiziale del licenziamento in Italia.....	18
CAP. 1 - TRA ETICA DEL DIRITTO E POTERE DI LICENZIAMENTO	19
SEZ. 1) - IL DUALISMO DEL DIRITTO, <i>IUS</i> E <i>LEX</i>	21
§ a). - L'Antigone.....	22
§ b). - La tentazione del monismo del diritto.....	24
§ c). - Il dualismo del diritto oggi – costituzione ed etica	26
§ d). - 'Principi' e ragionevolezza: il giudice delle leggi, artefice del diritto?.....	28
SEZ. 2). - DOPO LA GRANDE CRISI DEL 2009, LA NECESSITÀ DI CAMBIARE IL MODO DI PENSARE LE REGOLE?.....	29
§ a). - La società del primo decennio del XXI secolo	30
§ b). - Una nuova attività giudicante ed interpretativa delle leggi dopo la crisi?	32
§ c). - Sviluppo e valorizzazione (economica) del territorio: la funzione sociale delle grandi imprese nel XXI secolo, tra incentivi statali ed esternalizzazioni	34
CAP. 2). - TRA DIRITTI POTESTATIVI DEL DATORE DI LAVORO E NECESSARIA GIUSTIFICAZIONE DEL LICENZIAMENTO.....	43
§ a). - L'evoluzione normativa in materia di licenziamento	43
§ b). - Potere del datore di lavoro e controllo giudiziale	52
§ c). - Norme elastiche in materia di licenziamento	62
CAP. 3). - L'ESTINZIONE DEL RAPPORTO ED IL SINDACATO SULL'ESERCIZIO DEL POTERE DI RECESSO DEL DATORE DI LAVORO: FATTISPECIE E RIMEDI	74
SEZ. 1). - NELLA CONDOTTA DEL LAVORATORE	77
§ a). - Le conseguenze dell'accertata illegittimità del licenziamento ante riforma Fornero.....	78
§ b). - Il nuovo regime sanzionatorio.....	80
§ c). - Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo (post riforma Fornero)	85
§ d). - I licenziamenti per giusta causa e le tipizzazioni contrattuali.....	86
SEZ. 2). - SULLE RAGIONI INERENTI ALL'ATTIVITÀ PRODUTTIVA	91
§ a). - I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.....	92
§ b). - Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo con la riforma Fornero	93
§ c). - Il sindacato del giudice sull'effettività delle esigenze aziendali	98

§ d). - Il giustificato motivo oggettivo e le vicende del lavoratore.....	101
§ e). - Licenziamenti per giustificato motivo soggettivo	103
SEZ. 3). - NELLE IPOTESI DI LICENZIAMENTO LIBERO (C.D. <i>AD NUTUM</i>)	106
§ a). - Licenziamento del dirigente	106
§ b). - Licenziamento durante il periodo di prova.....	108
§ c). - Licenziamento dei lavoratori domestici.....	109
§ d). - Licenziamento dei lavoratori ultrasessantenni in prossimità della pensione	109
§ e). - Contratti a termine, atleti professionisti e apprendisti	110
SEZ. 4) - IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO ED I PERIODI DI IRRECEDIBILITÀ	111
SEZ. 5) -IL TEMA DEL FATTO MATERIALE E DEL FATTO GIURIDICO (l'ordinanza del tribunale di bologna del 15 ottobre 2012 a seguito della riforma Fornero).....	118
CAP. 4) - IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUI LICENZIAMENTI ED IL DIBATTITO DOTTRINALE IN MATERIA.....	129
SEZ. 1). - I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE DEL LAVORO E L'ART. 421 COD. PROC. CIV.	130
§ a) - Il collegato lavoro e le tipizzazioni della contrattazione collettiva.....	138
§ b) - Il dibattito de iure condendo in materia di giustificato motivo oggettivo....	146
§ c). - Alcuni dati statistici della giurisprudenza di merito.....	156
§ d). - Le valutazioni economiche nell'esercizio del potere di controllo giudiziario	159
SEZ. 2). - LA TENDENZE RECENTI: EVITAMENTO DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO E MONETIZZAZIONE DEL RECESSO	160
§ a). - Il controllo dei giudici nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: il costo sociale e la ponderazione dei principi applicabili	165
§ b). - In conclusione: la prospettiva della riduzione del controllo giudiziale a mera tecnica «quantitativa» - monetaria.....	172
PARTE II: Il controllo giudiziale sui licenziamenti in Francia	177
CAP. 1 - <i>LE LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL</i>	185
§ a). - La riforma del licenziamento: la legge del 13 luglio 1973.....	185
§ b). - Sanzioni per irregolarità procedurali: ai sensi dell'articolo L. 1235-2	189
§ c). - Sanzione per mancata enunciazione dei motivi di licenziamento.....	190
SEZ. 1 - ESIGENZA DI UNA <i>CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE</i>	193
SEZ. 2). - NOZIONE DI <i>CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE</i> (ASSENZA DI DEFINIZIONE LEGALE E GIURISPRUDENZIALE).....	194

§ a). - Cause réelle: le tre caratteristiche.....	196
§ b). «Cause sérieuse»	201
SEZ. 3). - PROVA DELLA CAUSE REELLE ET SERIEUSE E RELATIVE SANZIONI.....	205
SEZ. 4). - LE SANZIONI IN ASSENZA DI <i>CAUSE REELLE ET SERIEUSE</i> –GLI ARTICOLI L. 1235-3 E L. 1235-4.....	208
SEZ. 5 - I LICENZIAMENTI PROIBITI (DISCRIMINATORI).....	212
§. 1). - sanzioni dei licenziamenti “prohibes”	214
CAP. 2 - IL LICENZIAMENTO PER CAUSA ECONOMICA.....	219
SEZ. 1). - NOZIONE DI LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI (<i>DEFINIZIONE GENERALE</i>).....	221
SEZ. 2). - CATEGORIE DI LICENZIAMENTI ECONOMICI: <i>CARACTÈRE INDIVIDUEL OU COLLECTIF</i>	227
CAP. 3 - CONTROLLO DELLA <i>CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE</i>	230
SEZ. 1 - CONTROLLO DELL'ESISTENZA DEI FATTI INVOCATI.....	230
SEZ. 2 - CONTROLLO SULLA <i>REALITÉ</i> DEL LEGAME CAUSALE	234
SEZ. 3 – SANZIONI	240
§. a). - somme dovute dal datore di lavoro.....	240
§. b). - la reçu a saldo di ogni competenza.....	244
SEZ. 4). - L'OGGETTO DEL CONTROLLO.....	246
§. a). La sanzione irregolare.....	250
CAP. 4 - LA VINCOLATIVITÀ DELLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI RATIFICATE NEL DIRITTO INTERNO (UNA NUOVA FRONTIERA?).....	254
CONCLUSIONI	262
Riferimenti bibliografici.....	269
Estratto per riassunto della tesi di dottorato	281
Studente: Adriano Cirillo Carmelo <i>matricola: 955735</i>	281
Dottorato: Dottorato in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro - Università Ca' Foscari -	281
Ciclo: 25° ciclo	281
Titolo della tesi: Il controllo giudiziale sui licenziamenti	281
Abstract:	281

Nel linguaggio comune il significato del termine giustizia implica 'dare a ciascuno il suo' – *dare cuique suum*', secondo la nota espressione di Ulpiano, giurista romano del III secolo. In realtà, tuttavia, questa classica definizione non precisa in che cosa consista quel 'suo' da assicurare a ciascuno.

Ciò di cui l'uomo ha bisogno non può essergli sempre garantito dalla legge, essendo difficile per la legislazione prevedere tutte le fattispecie.

È tuttavia dovere di ognuno contribuire a formare società giuste, dove tutti ricevono il necessario per vivere secondo la propria dignità di uomini e dove la giustizia è resa viva e rinvigorita ponendo al centro la persona.

INTRODUZIONE

Si comprende già intuitivamente che nel momento in cui la legittimità di un licenziamento viene posta al vaglio di un giudice, gli si conferisce un grado di discrezionalità forse anche maggiore di quanto non accada in altri settori del diritto civile o delle altre cause di lavoro. Sia che si tratti di giusta causa o giustificato motivo soggettivo oppure di giustificato motivo oggettivo, il giudice si trova a soppesare le ragioni del pro e del contro per poi far pendere il piatto della bilancia da una sola parte. Nel fare questo il magistrato può essere influenzato da vari fattori, che vanno dall'orientamento generale della sezione di cui fa parte ai suoi personali giudizi di valore, nonché dalla situazione economica del mercato del lavoro. Lo spazio di discrezionalità lasciato dall'ampiezza del testo all'interprete è molto ampio, sicché la sua formazione culturale si riflette in misura particolarmente significativa sull'individuazione della regola.

Ma fino a che punto la legge e il giudice possono spingersi nel giudicare le singole fattispecie di licenziamento senza ledere la libertà di impresa e di organizzazione sancita dal primo comma dell'art. 41 Cost. ed al contempo rispettare gli articoli 4 e 41 Il comma della costituzione? Questo, in altre parole, l'oggetto di indagine del presente lavoro.

Per rispondere ci sembra necessario stabilire il modo in cui debba intendersi la relazione tra norme (principi) costituzionali e rapporti interpretati. È tuttora prevalente il pensiero di una categoria di giuristi, giudici e avvocati che considerano il diritto come insieme di norme di condotta poste dal legislatore (ordinario e costituzionale) in regime di monopolio e della giurisdizione come attività logico deduttiva, rivolta all'applicazione della norma obiettivamente vigente al caso regolato, secondo lo schema del cosiddetto sillogismo normativo e senza alcuna necessità di integrazioni extra-legislative¹. Anche, in una serie

¹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: principi, valori o regole?*, in Quad. fiorentini, 2002, n. 31, 866.

importante di sentenze della Corte di Cassazione² - così come del resto anche negli scritti di una parte della dottrina giuslavoristica³ - si ritiene ancor oggi di poter dar seguito al tentativo di Natoli, di conferire alle norme costituzionali, ed in particolare all'art. 4, I comma, ed all'art. 41, II comma, un'efficacia immediata e diretta⁴. È infatti opinione di tale corrente di pensiero che tali norme costituzionali attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio, perché incorporate ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. (ed eventualmente dell'art. 1339 cod. civ.) nel regolamento contrattuale del rapporto.

Questa *forma mentis* regolativa era stata fatta propria anche da una parte della dottrina cd. progressista, che inquadrò il potere di licenziamento come 'costituzionalmente pericoloso'⁵ ed individuò nel I comma dell'art. 4 Cost., il diritto assoluto alla stabilità, oppure il diritto ad eseguire concretamente la prestazione lavorativa⁶.

² Tra le altre Cass. civ., S.U., 10-01-2006, n. 141.

³ SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto del diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, 241 e ss., secondo cui 'il rispetto dei valori di libertà, dignità, sicurezza umana costituisce un limite all'esplicazione delle attività imprenditoriali certamente inderogabile, ma tuttavia elastico e mutevole nel suo contenuto concreto, in relazione al mutare delle condizioni economiche, tecniche ambientali, nonché delle condizioni dominanti circa la posizione dei lavoratori nell'impresa', e ancora: 'La precisazione di tale limite resta perciò affidata in via principale all'opera legislativa susseguentesi nel tempo e obbediente all'evolversi dei suddetti fattori; ...la tutela di quei valori fondamentali può venire attuata nel caso singolo dagli organi esecutivi ogni volta che la loro lesione possa essere individuata nel caso singolo in maniera univoca e certa'; TULLIO ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 1960, 13 e ss; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 Statuto dei lavoratori*, Padova, Cadam, 1979, 78 e s.; NICOLA DE MARINIS, *Potere datoriale di recesso e diritto del lavoratore alla conservazione del posto*, Torino, Giappichelli, 1995, 91; FRANCESCO GAZZONI, *Manuali di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, 75.

⁴ UGO NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.

⁵ M. D'ANTONA, *op. cit.*, 1979, 77 nota 12; ROSARIO FLAMMIA, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, diretta da Renato Scognamiglio, Franco Angeli, 1978, 225 e ss..

⁶ G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1965, 360; G. GIUGNI, *Disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. it. dir. lav.*, IV, 1953, 264; G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle obbligazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963, 26;

Natoli accostava le norme costituzionali secondo l'atteggiamento positivistico, identificando il diritto con le (sole) regole, sulla base del credo che 'tutto ciò che sta prima della regola (sia fondamento o l'origine) non appartiene alla ricerca del giurista. Tale concezione era evidentemente 'figlia' – usando l'espressione di Zagrebelsky – della ferma aspirazione razionalistica verso una giurisprudenza meccanica, non creativa, un'aspirazione figlia dell'esigenza di certezza; un'aspirazione che si considera realizzabile se solo, e solo se, il legislatore esercitasse bene il suo compito: se per ogni caso fosse posta una specifica norma, se ogni norma fosse chiara e distinta e se il suo contenuto si accordasse sempre armoniosamente con quello di tutte le altre norme che formano il diritto come insieme. Ma è ben comprensibile che i caratteri della legislazione sono ben lontani dall'essere questi⁷. È vero semmai che non esiste alcuna norma positiva capace di disciplinare tutte le fattispecie concrete, ma che le decisioni dei giudici, se si tratta di soluzioni che si collocano nel punto cruciale della dinamica del sistema, determinano spesso lo svolgimento ed il carattere di tutto il sistema. Risolvendo i casi concreti i giudici stabiliscono infatti quale debba essere il punto di equilibrio tra *stabilità* e *cambiamento* che corrisponde alla costante tensione esistente tra le decisioni dei giudici (ovvero la soluzione del caso concreto) e la legislazione (la quale procede invece mediante regole generali ed astratte).

A partire dagli anni settanta del secolo scorso la scienza giuridica riscoprì di essere – alla stessa stregua della politica, dell'economia o dell'etica non teologica – una scienza pratica che deve occuparsi anche della zona (precedentemente considerata 'impraticabile') dei fini che persegue e delle premesse di valore che li giustificano⁸. Ma quale può essere questo fine se non

SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza Costituzionale*, (Collana *Impresa e diritto*), 1978, 34 e ss..

⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 867; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, 11.

⁸ In ambito giuslavoristico G. GHEZZI, *Commentario del codice civile (del contratto di agenzia): art. 1742-1953*, Bologna, Zanichelli, 1970; in generale MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985.

quello di perseguire i *principi* della nostra Carta Costituzionale. Basterà entrare in questi giorni nel Tribunale di Milano per rendersi conto di quale sia il fine che i giudici di merito intendono perseguire e che al tempo stesso li guida. V'è scritto all'ingresso principale: 'la Costituzione Italiana: *la più affascinante delle letture*'. La Costituzione resiste agli attacchi del potere politico che da trent'anni a questa parte tenta di modificarla a proprio uso e si propone anche nella vita delle persone come riferimento importante per chi – smarritosi a causa della 'sbornia' di questi ultimi due decenni – ha dovuto scontrarsi con l'amara realtà di una crisi economica finanziaria epocale. La Costituzione è quindi la bussola sia per la cittadinanza e sia per i giudici che, in prima linea, trattano i casi e le questioni degli stessi cittadini, modellando così il diritto e la società.

Ma come deve esercitarsi il potere di controllo dei giudici e la loro discrezionalità in quei casi che la richiedono ed in particolare nei licenziamenti? Il giudice quando deve risolvere 'casi difficili' non può considerare solo il caso specifico presente, ma deve integrare il presente nel passato ed anche nel futuro, tenendo conto delle aspettative che concernono lo sviluppo del sistema. Come si intuirà, non è agevole ottenere l'armonia tra questi tre elementi e, pertanto, la soluzione di quei casi difficili che lasciano spazio alla discrezionalità del giudice non è per nulla agevole.

Il punto di riferimento del presente lavoro per tentare di spiegare tali quesiti, sono da un lato l'esperienza forense di chi scrive, per quanto possa valere, e dall'altro lo studio della dottrina in materia, ovvero di studiosi quali H. Barak, R. Dworkin, G. Zagrebelsky⁹ e di giuslavoristi del calibro di Giugni, Ichino, D'Antona, Ascarelli e altri.

⁹ Il primo indubbiamente influenzato dalle opere classiche della dottrina americana degli anni del realismo, il secondo, ideale contraddittorie del primo, che smentisce la legittimità di una discrezionalità giudiziale anche nei casi c.d. difficili (secondo Barak nei casi semplici ed intermedi non vi è che una sola soluzione legittima, ma nega che ciò sia anche vero nei casi c.d. difficili, ovvero per quei in cui le difficoltà di decisione derivano dal fatto che rispetto ad essi nessun aiuto può venire dal modello osservato ex ante), infine il terzo, giudice della Corte Costituzionale italiana, sostenitore del superamento del positivismo giuridico e della Costituzione come strumento interpretativo per i giudici, attraverso le sue norme costituzionali sui diritti fondamentali da leggere essenzialmente come 'principi'".

Zagrebelsky¹⁰ fa notare come abbondino nel nostro sistema le norme lacunose, ambigue, generiche, contraddittorie, irragionevoli ed incoerenti. Nell'odierna inflazione legislativa le qualità auree della legge razionale, la generalità e l'astrattezza, hanno ormai ceduto il passo alle leggi dettate da interessi particolari e concreti. A sentire la propaganda dei media, voce del potere politico e legislativo (peraltro neanche più espressione della volontà dei cittadini), sarebbe il 'cattivo giudice' a non applicare bene la legge. Ma in realtà, afferma Zagrebelsky, è il 'cattivo legislatore' a impedire al giudice di essere un 'buon giudice', fedele applicatore della legge. Per essere tale, egli dovrebbe poter maneggiare 'buone leggi'; in mancanza invece è costretto dalla necessità a far una parte che non dovrebbe essere la sua, cercando diversi criteri di decisione per integrare la legge, correggerla e perfino, in casi estremi, metterla da parte. È in tale contesto che, da un lato, la nostra Carta Costituzionale resiste agli attacchi della classe politica che di volta in volta si affaccia al potere e, dall'altro, contemporaneamente, avanza la dottrina della cosiddetta 'giurisprudenza teorica' che ha dovuto prendere atto dell'insostenibilità del giudizio giuridico come pura e semplice meccanica della logica, come semplice applicazione deduttiva della legge ai fatti o come sussunzione dei fatti alla legge¹¹. Non si può ignorare infatti che le scelte di valore abbiano un ruolo essenziale in fase applicativa, tant'è che vi è chi ha affermato che 'il diritto è più applicazione che norma¹²'.

Zagrebelsky ci fa altresì notare come gli studi sulla natura del discorso normativo, le indagini sul linguaggio ed i concetti del legislatore e la giurisprudenza analitica abbiano anche in Italia superato l'idea di positivismo di John Austin e delle origini: l'idea cioè del diritto come insieme di atti di volontà, perduranti nel tempo, di un legislatore personale che dispone del potere di comando. La giurisprudenza teorica ha così rifiutato l'idea del giudizio come

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 867 e s..

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 15.

¹² P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005, 74.

esclusiva applicazione della legge, tramite 'deduzioni' relative a fatti 'sussunti' nella descrizione normativa¹³. Afferma Montuschi in proposito che se il giurista tradizionale nega il condizionamento dei valori (anche se la scelta è sempre ispirata ad un 'valore' o ad una 'gerarchia' di valori) il c.d. giurista 'libero' esplica e motiva la sua opzione con precise ed univoche indicazioni¹⁴.

Lo schema logico del sillogismo normativo non è affatto abbandonato, ma da molto tempo si è fatta strada ormai l'idea che la premessa maggiore (la norma da applicare) non sia quasi mai integralmente determinata dalla legge e che quindi, per la parte carente, le decisioni dei giudici contengano elementi creativi, che non si trovano nella legge, ed esprimano perciò non il diritto ma una 'politica del diritto', che non può che chiamare in causa la 'discrezionalità' del giudici¹⁵.

Questa *discrezionalità*, afferma Zagrebelsky, è ammessa non solo come conseguenza del deplorable stato in cui versa la legislazione, ma è anche oggetto di teorie dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto che si richiamano per lo più ad Hans Kelsen¹⁶ o a Herbert Hart¹⁷, rimanendo perciò

¹³ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 868.

¹⁴ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973, 200.

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 15.

¹⁶ Per Kelsen, afferma G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 868, ogni attuazione del diritto è al tempo stesso, in parte, applicazione vincolata di norme esistenti e, in altra parte, creazione discrezionale di nuove norme. Nello sviluppo 'a gradi' dell'ordine giuridico, il vincolo inizialmente generico derivante dalla costituzione si fa via via più stringente, fino alla determinazione, in tutto e per tutto vincolante, dell'ordine contenuto nella sentenza del giudice o nel provvedimento dell'amministrazione. Le norme giuridiche diventano progressivamente sempre più dettagliate e la discrezionalità dell'interprete viene parallelamente ridotta, fino a scomparire, man mano che dal vertice dell'ordinamento ci si avvicina alla sua applicazione al singolo caso concreto. Il carattere creativo della giurisprudenza, secondo questo modo di vedere, dipende dal linguaggio utilizzato nei diversi 'gradi di sviluppo' dell'ordinamento giuridico: dipende strutturalmente dal diritto stesso.

¹⁷ Secondo Hart, afferma in G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 869, massimo esponente della dottrina dei filosofi del diritto di impronta analitica, la discrezionalità del giudice risiederebbe nelle ragioni comunicative connesse alla naturale *open texture* del linguaggio, in generale, e del linguaggio giuridico, in particolare. Quest'ultimo, essendo costruito da nozioni di genere, presenterebbe, attorno a un nucleo linguistico 'duro' al quale il giudice non può sfuggire, un 'alone di incertezza ai margini'. Questo sarebbe il prezzo da pagare all'uso di termini

nell'ambito del positivismo ortodosso, sia pure un positivismo non ingenuo, ma, come si dice, critico. Sia Kelsen e sia Hart giungono a sostenere (uno in base a ragioni strutturali dell'ordinamento giuridico e l'altro a caratteri del linguaggio giuridico) *a*). l'esistenza di una discrezionalità del giudice che si eserciterebbe *b*). dopo le norme poste dal legislatore *c*). nello spazio che esse lasciano 'vuoto di diritto'. Tali proposizioni sono combattute dalla 'dottrina dei principi' che propone le seguenti proposizioni alternative a quelle sopra formulate e che si possono così riassumere: *c*). può esistere un 'spazio vuoto' di leggi, ma non di diritto, che si manifesta nei sempre più numerosi 'casi difficili'¹⁸ *b*). questo diritto consistente in principi giuridici, si colloca 'prima' delle norme poste dal legislatore e *a*). circoscrive, orientandole, le decisioni dei giudici. Su questa base l'idea della discrezionalità del giudice può essere contestata ma, per fare questo, occorre una nozione ampia di diritto, una nozione che trascende i fatti normativi (o come si afferma nel diritto europeo, le 'fonti del diritto')¹⁹.

Si deve quindi affermare come dato preliminare del presente lavoro, che la discrezionalità del giudice è un dato di fatto. L'esigenza di non disconoscere l'influsso dei valori ed al contempo di tenere questo influsso sotto il controllo argomentativo, segna la lenta, ma inarrestabile, considerazione delle norme costituzionali sui diritti fondamentali essenzialmente come 'principi'²⁰ e cioè –

classificatori generali e astratti, un uso inevitabile in ogni forma di comunicazione riguardante questioni relative a fatti considerati come classi e non come eventi particolari, storicamente individuati.

¹⁸ Per G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 869, i *casi difficili*, sono quelli che non si prestano a essere decisi in applicazione di una regola riconosciuta, essendo inesistente, non chiara, non del tutto pertinente, contraddittoria rispetto ad altre: con l'avvertenza che l'ordine dei fattori può rovesciarsi e i casi possono iniziare ad apparire difficili, da 'facili' che erano, quando ragioni di conflitto sociale, ideologico o culturale intorbidano le acque in cui nuotano le regole e le rendono difficilmente riconoscibili.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 868 e s..

²⁰ ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Milano, Il Mulino, 1988, 124 ss.; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1994, 71 ss..

come qualifica la nostra stessa Suprema Corte – norme che non attribuiscono diritti soggettivi né sono quindi qualificabili come imperative²¹.

Si assiste così, secondo Zagrebelsky, allo sviluppo di una dottrina antipositivistica e la sua apertura ad uno strato di diritto più profondo di quello posto da qualsiasi legislatore e nel quale può essere cercata e trovata la risposta migliore al dubbio del giudice²². È lo stesso ‘positivismo critico’ a dirci che quando si è ‘di fronte alla legge’, si è necessariamente portati ‘oltre la legge’. Questa – afferma Zagrebelsky – è l’onesto autocondanna del positivismo, una condanna che lo coinvolge sul punto e sulla pretesa principale della sua dottrina: la pretesa di trattare l’oggetto – il diritto – come una realtà oggettiva, ‘positiva’ in quanto stabilita da una volontà ‘imposta’ alla natura, conoscibile integralmente attraverso la considerazione dell’atto in cui si esprime la legge. Quando si è costretti ad ammettere che l’esperienza giuridica non è solo applicazione della legge ma che, invece, chiama in causa costitutivamente una sfera di valutazione su cui la legge non ha signoria, si deve concludere che quella sfera ricade nel dominio della mera volontà soggettiva. Infatti tutti coloro che hanno esperienza pratica del diritto sanno perfettamente che il loro sforzo si concentra precisamente nel determinare ciò che c’è ‘oltre la legge’, dove stanno concezioni e convinzioni circa le relazioni sociali da cui la legge stessa dipende e che questa determinazione altro non è che l’onesto ricerca comune di una sostanza che non è solo arbitrio e non è il tentativo di prevaricazione della volontà degli uni su quella degli altri. Ciò che è davvero fondamentale – afferma Zagrebelsky – non può mai essere ‘posto’ ma deve sempre essere ‘presupposto’. Per questo, i grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altri simili espressioni di ‘diritto positivo’ con le quali i giuristi hanno a che fare, né mai lì hanno trovato la loro soluzione. Occorre risalire a qualcosa che sta al di là e viene prima. Solo questo,

²¹ Cass. civ., S.U., 02-08-2002, n. 11633.

²² G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 869 e s..

che non sta nella legge, merita davvero la nostra attenzione, perché è decisivo²³. In altre parole – appurato che alcuna norma positiva è capace di disciplinare la fattispecie concreta – si può affermare che nonostante le riforme illuministiche ed il positivismo legislativo che hanno tentato di ridurre il giudice a mero funzionario statale, il giudice deve agire come legislatore, nel senso che deve decidere la controversia secondo il personale apprezzamento del caso e delle conseguenze sociali che tale decisione può comportare. In questa visuale emerge inequivocabilmente l'attività discrezionale del giudice ed il potere di controllo sui licenziamenti, che deve svolgersi in senso conforme ai valori costituzionali in questione. Innanzitutto il giudice deve accertare il vero, dopo questo accertamento, egli dovrà realizzare, per il caso concreto sottoposto al suo esame, l'attuazione dei principi di giustizia e questi, come si è ripetuto, comportano soprattutto l'applicazione dei valori costituzionali, dei quali sono espressione i diritti fondamentali.

Accanto alle norme costituzionali - fa notare Noegler - che dettano semplici 'programmi', indirizzati al solo legislatore ed in quanto tali privi di precettività ed alle vere e proprie 'regole' invocabili in giudizio, si è così 'creata' una terza categoria di norme costituzionali nella quale – per quel che concerne il presente lavoro – ricadono sia l'art. 41, I e II comma, che l'art. 4 Cost. e, più in generale, gli artt. 2 e 3 Cost. e tutti i diritti della persona. È quindi prevalsa alla fine la consapevolezza che i 'diritti fondamentali' – salvo qualche norma costituzionale strutturata anche in modo regolativo (e cioè gli artt. 36, I comma, 37, I e III comma, 39, 40, 51, III comma e 52, II comma) – non possono, in quanto principi, 'incidere nei rapporti negoziali privati se non come criteri o direttive di

²³ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 18 e ss., (il quale sostiene altresì che quando Kelsen, nella sua dottrina dell'interpretazione, riduce il compito dell'interprete nell'allineare, una accanto all'altra, tutte le possibilità interpretative che le leggi in astratto consentono, rispetto a tutte le fattispecie concrete che in ipotesi sono configurabili, e afferma che la scelta tra tutte queste possibilità è rimessa interamente alla soggettività di chi è 'davanti alla legge' e che questa scelta sfugge alla dimensione giuridica, dice qualcosa di assurdo, che è però perfettamente conforme alle premesse della dottrina del diritto come sola legge positiva. Conclude sul punto Zagrebelsky giudicando come una consolazione avvilente la conclusione di Kelsen, secondo cui tutto ciò che è legato alla legge è giuridicamente rilevante e tutto il resto, che alla legge non è legato, è perfettamente irrilevante).

interpretazione delle leggi che li regolano'. I principi esprimono valori che sono rivolti, non solo nei confronti del legislatore, ma condizionano anche l'interpretazione del diritto positivo perché gli organi giurisdizionali hanno l'obbligo di proteggere i diritti fondamentali. Si manifesta in tal modo la raggiunta consapevolezza che nei rapporti interprivati le parti che possono invocare diritti fondamentali sono sempre (almeno) due, riscoprendo il datore di lavoro come (l'altro) soggetto della relazione di lavoro²⁴.

Si può quindi affermare che le vere norme costituzionali – inizialmente sottovalutate dalla 'positivismo della costituzione', relegandole nell'angolo delle semplici dichiarazioni di buone intenzioni destinate a rimanere tali in attesa che la legge prestasse la sua forza – sono norme di principio²⁵.

Secondo un'autorevole dottrina il vincolo costituzionale a cui è tenuta la legge, e di cui all'art. 101 Cost., Il comma, è riferito sia al testo normativo e sia al diritto vivente²⁶. Tuttavia le regole vincolanti sono soggette anche ad una interpretazione di conformità rispetto ai principi costituzionali nel complesso, che necessitano quindi di bilanciamento per il fatto che i 'principi fondamentali' sono per definizione caratterizzati dall'indeterminatezza, ovvero dall'impossibilità di misurarne 'in astratto la rispettiva importanza determinando il grado gerarchico di ciascuno, in modo da coordinarli sistematicamente gli uni con gli altri in modo stabile'²⁷. L'inverarsi di queste premesse ha aperto la nuova epoca definita del bilanciamento che la Costituzione prefigurava, anche se solo per un nocciolo duro di diritti della persona, all'art. 41, Il comma, Cost.²⁸.

²⁴ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra 'principi' costituzionali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, 593 ss..

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 18 e ss..

²⁶ ASCARELLI, *Certezza e autonomia del diritto nella realtà giuridica: relazione e replica a convegno degli amici del diritto dell'economia*, Torino 20-21 ottobre 1956, 1957, 26; PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, 2006, Giappichelli, Torino, 33 e ss.; al diritto vivente si ritiene vincolata la stessa Corte cost., 26-05-1995, n. 193.

²⁷ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2002, 890.

²⁸ M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 2003, 12.

Appare quindi evidente che i valori costituzionali diventino criteri di interpretazione e che, di conseguenza, il giudice debba scegliere, tra le varie interpretazioni possibili, quella che gli appare più conforme a quei valori. E' in questa aderenza ai valori etici, trasposti in virtù della previsione costituzionale nell'ordine giuridico, che si può realisticamente attuare la giustizia.

Va da sé che, complice anche un contesto di moltiplicazione delle fonti normative e di inflazione e svalutazione della legge, i giudici diventano sempre più importanti. È convinzione diffusa infatti che oggi il lavoro di adeguamento del diritto alla realtà sociale spetti anche, se non soprattutto, al giudice, senza che tuttavia tale crescita di potere possa autorizzare a considerare decaduto il vincolo del giudice al diritto, nonostante tutto ciò sia, di fatto, un avvicinamento alle esperienze di *common law*.

Da tali premesse discende la struttura del presente lavoro ove, dopo una breve disamina della realtà socio economica contemporanea in cui il giudice è chiamato a operare e da cui è certamente influenzato, si tenterà di mettere a fuoco nella seconda parte i contenuti dei principi costituzionali in tema di licenziamenti e la questione centrale del loro bilanciamento. Nella terza parte si procederà alla disamina della disciplina legale e del diritto vivente sulle cosiddette causali del licenziamento individuale, con l'obiettivo da un lato di verificare se siamo, o meno, innanzi ad un sistema a clausole generali con esaltazione della discrezionalità giudiziale e dall'altro verificare se l'inquadramento delle norme costituzionali come principi contribuisca all'adeguamento del diritto vivente. Nella quarta parte infine si affronteranno i provvedimenti invocabili in giudizio contro i licenziamenti collettivi analizzando il ruolo dei giudici nella determinazione dei criteri di scelta ed il ruolo in tale contesto dell'art. 36 della Costituzione.

PARTE I:
IL CONTROLLO GIUDIZIALE DEL LICENZIAMENTO IN ITALIA

CAP. 1 - TRA ETICA DEL DIRITTO E POTERE DI LICENZIAMENTO

È opportuno iniziare la nostra analisi dal contenuto dei principi costituzionali in materia di licenziamenti, chiedendosi quale sia il fondamento del potere di licenziare. È noto che per il datore di lavoro è in gioco sostanzialmente il principio di libertà di iniziativa economica, impegnando lui essenzialmente il suo patrimonio. Tale principio infatti, estendendosi alle 'attività inerenti alla vita e allo svolgimento' dell'impresa, porta al riconoscimento in capo al datore di un potere di licenziamento più ampio di quello per 'mero inadempimento' degli obblighi del lavoratore, implicando infatti sia la libertà di dimensionare e di organizzare internamente l'impresa, compresa quella di scegliere i collaboratori²⁹, nonché gli strumenti di lavoro; sia la libertà di variare i fattori produttivi in ragione delle esigenze e delle condizioni di mercato³⁰; sia infine la libertà di cessare l'attività³¹. La Costituzione italiana - fa notare Nogler³² - controbilancia le suddette esigenze imprenditoriali in materia di licenziamenti soprattutto in virtù dei limiti elencati nel II comma dell'art. 41 e di quelli ricavabili dall'art. 4 Cost.. Tale duplicità di limiti costituzionali sussiste in forza del fatto che la stessa Corte costituzionale ha sempre affermato, fin dalla fondamentale sent. n. 45 del 1965, l'estraneità del I comma dell'art. 4 rispetto ai limiti richiamati al II comma dell'art. 41 Cost.³³.

Tale premessa consente di affermare che i limiti alla libertà d'impresa derivano non solo dal II comma dell'art. 41 Cost., ma dallo stesso normale 'gioco' del

²⁹ Corte cost., 28-07-1993, n. 356.

³⁰ Cass., sez. lav., 30-03-2006, n. 7536; AMOS ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico: (i percorsi costituzionali)*, Torino, Giappichelli, 2006, 144.

³¹ Cass. civ., sez. lav., 16-12-2000, n. 15894.

³² L. NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss..

³³ Successivamente ritroviamo le medesime argomentazioni contenute in Corte cost., 09-06-1965, n. 45, nella sentenza della Corte cost., 28-12-1970 n. 194, così come nelle molte altre più recenti.

bilanciamento tra il principio della libertà d'impresa contemplato dal I comma dell'art. 41 Cost. e gli altri principi costituzionali ad iniziare da quello della stabilità dell'occupazione disciplinato dal I comma dell'art. 4 Cost., oppure da quelli previsti per specifiche categorie di lavoratori come ad esempio il principio di cui al II comma dell'art. 38. L'intrapresa economica privata è quindi sì libera, ma non rappresenta, neppure al di fuori del nocciolo duro dei limiti di cui al II comma, l'oggetto di un principio illimitato.

In realtà, l'esposta teoria dei cosiddetti 'diritti fondamentali intrinsecamente limitati'³⁴ induce a concludere che la libertà d'impresa svolge 'una funzione parallela' al principio della stabilità del posto e, quindi, a mettere tra parentesi la suddetta diversa collocazione delle due norme costituzionali.

La stessa dottrina costituzionalistica segnala così che, proprio alla luce della giurisprudenza costituzionale, l'art. 41 Cost. pur attribuendo al legislatore ordinario un ampio potere di intervento normativo, non prefigura la libertà economica come gerarchicamente inferiore ai principi di tutela del lavoro che non vengono richiamati dal II comma del medesimo art. 41³⁵. Tale risultato si raggiunge, fa notare Noegler, circoscrivendo tali principi al 'nocciolo duro' dei diritti della persona in senso stretto e non dando mai una particolare importanza alla collocazione topografica delle norme costituzionali³⁶.

Il dualismo tra norme costituzionali segna il punto di equilibrio della tematica in esame, esprimendosi da un lato nell'emanazione delle norme in materia giuslavoristica (ed in particolare in quelle sul licenziamento) e dall'altro nell'interpretazione giurisprudenziale.

Ma il diritto vivente è per sua stessa definizione mutevole e può variare al variare dei momenti storici. Per comprendere quindi appieno lo scenario sociale

³⁴ Corte Cost. 14-06-1956 n. 1 ed ora anche Corte di Giustizia 12.06.2003 in causa C-112/00, punti 79-80.

³⁵ P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, 176 ss..

³⁶ L. NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss..

in cui sono chiamati i giudici a decidere è necessario comprendere un'altra dicotomia: quella tra *ius* e *lex*.

SEZ. 1) - IL DUALISMO DEL DIRITTO, *IUS* E *LEX*

Zagrebelsky sostiene che il dualismo del diritto - sebbene soggetto ai tentativi di occultamento dai positivisti - è da considerarsi il punto principale dell'analisi del diritto stesso. Egli fa notare come con la parola 'dualismo' si designi il dualismo tra il diritto come sostanza, capace di assumere le forme più diverse, ed il diritto come forma, libero a sua volta di assumere le sostanze più diverse, ove del primo se ne fa esperienza ed al secondo si ubbidisce. Ricorrendo all'aiuto della prima proposizione delle Istituzioni (1.1.) di Gaio - 'omnes populi, qui *legibus et moribus* reguntur...' - potremmo dire che il diritto come forma sono le *leges*; il diritto come sostanza, i *mores*, intendendo i due termini in senso generico. Secondo un'altra espressione che si ritrova in un testo di molto posteriore, di un autore che pure è letto oggi come uno dei fondatori dell'assolutismo, precursore del monismo della legge, Jean Bodin, si potrebbe dire che in entrambe le sue forme il diritto è vincolante ma, in un caso, lo è *sine iussu* e, nell'altro, *cum iussu*: 'Plurimum distat lex a jure: jus enim sine iussu, ad id quod aequum, bonum est; lex autem, ad imperantis majestatem pertinent. Est enim lex nihil aliud, quam summae potestatis iussum'. In questo passo la distinzione è posta nei termini di *lex*, la forma del comando sovrano, e *ius*, la sostanza del diritto che si radica in un'esperienza³⁷.

La polarità di questi due campi del diritto - secondo l'espressione di Agamben - non è una complicazione da semplificare o un difetto da correggere ma un dato costitutivo e un valore da preservare. Quando essa viene meno e il diritto assume una sola dimensione, la società è in pericolo e 'il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale; solo fintanto che i due elementi permangono correlati, ma concettualmente, temporalmente e soggettivamente distinti - come nella Roma repubblicana nella contrapposizione fra senato e

³⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 21 e s..

popolo o nell'Europa medioevale in quella fra potere spirituale e potere temporale -, la loro dialettica può tuttavia in qualche modo funzionare"³⁸.

§ a). - *L'Antigone*

La generazione di giuristi contemporanei, formatasi nell'atmosfera stabilita dal positivismo giuridico, fa notare Zagrebelsky, ha difficoltà a scorgere e identificare questa polarità, sebbene si svolga sotto i nostri occhi. Prima tuttavia di giungere ai tempi odierni, è necessario notare che essa sta alla base del grande testo fondativo della riflessione sul diritto, nella nostra tradizione culturale, *l'Antigone*. Nel momento in cui ad Atene si assisteva alla pretesa crescente del *dèmos*, riunito in assemblea, di rendersi padrone assoluto del *nòmos*, Sofocle mette in scena il conflitto tra Creonte, il tiranno di Tebe dalle sette porte, e la nipote Antigone, figlia di Edipo e sorella di Polinice morto in armi contro la sua città, al quale Creonte nega con decreto sacrilego la sepoltura³⁹. Entrambi seguono il loro *nòmos*: quello di Antigone ha le radici nelle leggi del sangue e della pietà familiare, è 'non scritto e immutabile', non è di ieri né di oggi, ma di sempre e ne è ignota la rivelazione'; quello di Creonte, invece, ha le radici nella ragion di Stato, è scritto e annunciato con un bando (*kèrygma*) proclamato alla luce del sole, che vale oggi e certamente non valeva ieri e non varrà più domani. Questa è la tragedia della realtà divisa e sofferente e assurge a simbolo dell'esito funesto generato dal reciproco disconoscimento di *ius* e *lex*, del diritto profondo e stabile dei legami sociali, impersonato da Antigone, e della artificiale e mutevole legge pubblica dello Stato, impersonata da Creonte: esito radiale di morte fisica per Antigone e di morte spirituale – noi diremmo: delegittimazione – per Creonte, ridotto a un nulla, rigettato dai suoi concittadini

³⁸ GIORGIO AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bolatti Boringhieri, Torino, 2003, 110.

³⁹ Antigone decise di ritornare a Tebe, ove era appena iniziata la guerra dei Sette contro la città, causata da discordie fra i suoi fratelli che vicendevolmente si erano uccisi. Quando vi giunse Creonte, il nuovo re di Tebe, fratello di Giocasta, emanò un bando che proibì la sepoltura di Polinice, uno dei due fratelli di Antigone, lasciando il suo corpo giacente in pasto ai cani. Antigone, disobbedendo agli ordini di Creonte, seppellì degnamente suo fratello Polinice - traditore della patria. Il re diede così ordine di murarla viva.

e ripudiato perfino in casa propria. *Antigone* rappresenta un inizio. La legge affacciava appena la sua pretesa e la sua legittimità era fortemente contestata ma incominciava ad apparire la consapevolezza della sua ineluttabilità storica, come mezzo di reggimento di grandi unità politiche⁴⁰. La legge di Creonte che vieta il seppellimento del fratello che portò le armi contro Tebe è anch'essa legge e diritto, la rivendicazione dell'opposta norma da parte dell'Antigone – commenta Ascarelli – è l'espressione del dovere morale di ciascuno di valutare nella propria coscienza qualunque norma dettata, fino alla ribellione e fino a quel sacrificio che è suggello appunto della rivolta morale e quasi ne testimonia la purezza; è attraverso lotte e contrasti che si svolge la storia del diritto, lotte e contrasti che possono importare il sangue e le lacrime del sacrificio di Antigone⁴¹.

Oggi, la parabola sembra conclusa con il totale rovesciamento dei punti di partenza. Se si seguissero gli sviluppi del rapporto tra *ius* e *lex* nel corso dei secoli, nel diritto romano, nell'età di mezzo, nella formazione delle grandi monarchie nazionali dal XVI al XVIII secolo, vedremmo che le diverse fonti del diritto facilmente si prestano a essere classificate, almeno in prima approssimazione, nella grande dicotomia di *lex* e *ius*, secondo equilibri e tensioni sempre nuovi ma che mai si sono rotti a esclusivo favore e a totale danno di una o dell'altro. Certamente è il diritto artificiale, la *lex*, il termine storicamente oggi vincente, in concomitanza con la creazione di grandi spazi giuridici, dominati da poteri normativi corrispondenti per dimensioni ed esercitanti su di essi ciò che si chiama la sovranità. Si può infatti dire che non c'è dimensione dell'esistenza che non sia oggetto di cura da parte del diritto nella forma del diritto positivo⁴². Per dirla con le parole di Natalino Irti⁴³, il diritto è

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 24 e s..

⁴¹ ASCARELLI, *op. cit.*, 16.

⁴² G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 26 e s., il quale fa anche notare come oggi conosciamo solo più leggi scritte e mutevoli; sappiamo chi e quando le ha proclamate, in quali circostanze, per quali interessi e con quali propositi. La silenziosa sacralità del diritto è stata oscurata dalla verbosa esteriosità della legge. Lo Stato è da tempo una *machina legislatoria*. Solo da questa fucina sembra che ci si aspetti che esca il diritto, senza sapere quale esso potrà essere, poiché,

un insieme di norme o regole; positivo non indica il non negativo, ma si collega attraverso la latinità al participio passato di *ponere*. Diritto positivo e quindi il diritto posto: e posto dagli uomini nella storicità del loro vivere. Lo Stato – afferma un famoso giurista tedesco di inizio secolo – non crea diritto, lo Stato crea leggi e Stato e leggi stanno sotto il diritto. È importante ‘essere coscienti dell’importanza del diritto e non lasciarsi andare all’illusione che ogni problema sia risolvibile in termini di moralità individuale e che siano irrilevanti fattori istituzionali. In quanto – afferma Ascarelli – giuristi siamo artefici dell’elaborazione del diritto, attraverso l’elaborazione della nostra arte⁴⁴, tenendo presente che il positivismo giuridico è stato anche strumento per l’affermazione di regimi totalitari.

§ b). - La tentazione del monismo del diritto

Il dualismo giuridico è oggetto di ripetuti attacchi a favore del monismo giuridico nella forma di legge. Il suo momento topico originario è la Rivoluzione in Francia, in cui trova compimento la lunga lotta del sovrano per imporre in tutto il regno la sua legge, generale e uguale. Il dato di fatto, secondo Zagrebelsky, è che il diritto, da allora, sembra essere solo legge e la legge solo forma del potere. Creonte, e con lui l’assolutismo monista nel diritto, sembrano lì aver vinto la loro battaglia. La rivoluzione conquistava ‘la meta’ che era nel progetto monarchico durante tre secoli di battaglie contro i particolarismi giuridici. Molto significativo era quanto scriveva segretamente Mirabeau a Luigi XVI un anno dopo i primi fatti rivoluzionari: ‘...l’idea di formare una sola classe di cittadini sarebbe piaciuta a Richelieu: questa superficie tutta uguale facilita l’esercizio del potere...’. L’intuizione di Mirabeau fu esatta: la rivoluzione non

ciò dipende da chi, di volta in volta, sarà riuscito a mettersi ai comandi di quella macchina, scalzando il macchinista precedente.

⁴³ NATALINO IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, Laterza, 2001, 5.

⁴⁴ ASCARELLI, *op. cit.*, 16.

aveva rotto con l'assolutismo regio, lo aveva portato a compimento. Il monismo legislativo è un concetto monarchico. Da allora, la legge, la sua forma e la sua forza (armata) sono strumenti per tutte le avventure del potere, quale che esso sia, democratico o antidemocratico, liberale o totalitario. La 'forza di legge' è stata al servizio, di volta in volta, della ragione rivoluzionaria dei giacobini; del compromesso moderato tra il monarca e la borghesia liberale, contro il socialismo; dell'autoritarismo liberale della fine dell'Ottocento; delle riforme democratiche dell'inizio del Novecento e delle dittature di destra e di sinistra che ne sono seguite. La *legge* era la legge, benefica o malefica, moderata o crudele che fosse e nessun diverso *diritto* le si poteva contrapporre⁴⁵.

Ma v'è da dire che nemmeno in quelle situazioni estreme, la legge si è resa indipendente dall'altro lato del diritto, quello che abbiamo definito con la formula generica lo *ius*. Nemmeno nel regime dell'autocrate più spietato, la legge è pura forza rivestita di una forma.

La legge – anche dei regimi totalitari del secolo scorso – non era affatto pura forma della forza ma forza alimentata da sostanza: il diritto vitale del popolo tedesco, la romanità imperiale italiana, la legittimità socialista sovietica. Questi regimi sono semmai la prova storica della profonda verità della frase di Agamben citata sopra a proposito del diritto che si trasforma in 'macchina letale', ma non perché essi avessero ridotto il diritto a sola legge e la legge a sola volontà arbitraria messa in forma, ma per una ragione più sottile e profonda: perché erano riusciti ad unificare *ius* e *lex* nelle stesse mani, cosicché essi, invece di operare in tensione l'uno con l'altro e fare così da contrappeso critico l'uno

⁴⁵ ZAGREBELSKY afferma che 'affaristi, avventurieri, ideologi fanatici e perfino movimenti criminali, organizzati con tecniche efficaci per la conquista spregiudicata del potere, hanno preteso legittimità per le loro azioni alla stregua di leggi fatte da loro stessi, per mezzo del controllo totale, che avevano acquisito, delle condizioni della produzione legislativa: consenso sociale, opinione pubblica, fattori tecnici parlamentari e governativi. Cosicché si giunse al colmo: la legalità divenuta modo di essere non solo di uomini di potere-per-il-potere, ma veri e propri gangster, abili nell'usare la legge, oltre che la democrazia, come trampolino di lancio, secondo la vibrante denuncia di Bertol Brecht, nella resistibile ascesa di Arturi Ui e perfino secondo l'ammissione di Carl Schmitt, nel suo celebre articolo su *il problema della legalità* del 1950'.

dell'altro, operavano l'uno a sostegno e come moltiplicatore dell'altro⁴⁶. Ciò non solo ci mostra il pericolo della unificazione nelle stesse mani di *ius* e *lex*, ma ci mette in guardia dal rischio della sopravvalutazione, per non dire, dell'assolutizzazione, dello *ius* a detrimento della *lex*, rischio che, dai tempi di Antigone, è sempre stato in agguato nel profondo della nostra psiche. È bene quindi che i giuristi conoscano la distinzione e mantengano la loro autonomia dalle tentazioni della politica⁴⁷.

§ c). - *Il dualismo del diritto oggi – costituzione ed etica*

Venendo ai giorni nostri viene da domandarsi se non abbia per caso ragione Irti, quando denuncia l'anarchia ed il nichilismo del tempo attuale, il tempo della tecnica che tutto piega ai suoi scopi, cioè al suo stesso insensato e irrefrenabile incremento. Lo 'stato di diritto' si riduce così a 'stato di leggi'?⁴⁸ Anche Zagrebelsky⁴⁹ si domanda in proposito: davvero siamo di fronte alla 'autosufficienza della volontà normativa che non deve rispondere ad alcuno fuori di sé o sopra di sé'? Davvero 'il diritto è ormai consegnato alla solitudine della volontà umana?' Davvero il nostro tempo conferma il monismo integrale della legge necessario affinché questa possa rendersi docile e servire (senza uno

⁴⁶ Come affermò Schmitt: *'tutto il diritto promana dal diritto all'esistenza del popolo. Ogni legge dello stato, ogni sentenza, contengono diritto solamente nella misura in cui viene accordata loro da tale fonte. Tutto il resto non è diritto, ma un insieme positivizzato di leggi che contengono vincoli di cui il delinquente si fa gioco'*.

⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 28 e ss., il quale osserva altresì che né Hitler, né Stalin si sarebbero mai lasciati andare a una frase tanto ingenua quanto sciocca come quella messa in bocca al povero Luigi XVI: 'E' legale (solo) perché lo voglio io'. Ma la volontà, anche quella che appare più assoluta, ha dietro di sé qualcosa di sostanziale che fa sì che la legge non sia solo forma della forza. Quando per esempio vennero varate le leggi razziali in Germania e in Italia, non si trattò affatto di un'imposizione della forza ma di una operazione a largo raggio che scavava nel profondo, toccando sentimenti, risentimenti, teorie scientifiche, storiche e sociali profonde che i regimi totalitari alimentavano e mobilitavano ora a loro vantaggio, come *ius* del popolo tedesco o italiano.

⁴⁸ NATALINO IRTI, E. SEVERINO, *op. cit.*

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 40 e ss..

scopo proprio) il mondo insensato dello sviluppo tecnico? Davvero il diritto, ridotto a pura legge al servizio di un padrone onnipotente come è la tecnica, diventa anch'esso onnipotente in questo rendere servizio? Quest'immagine terroristica è necessariamente adeguata alla realtà? Zagrebelsky dice che i costituzionalisti che prendono sul serio la costituzione rispondono di sì: è possibile. A meno che si abbia della costituzione una nozione diversa da quella di semplice legge in forma costituzionale. Questo è il punto decisivo, perché qui secondo Zagrebelsky è possibile ricostruire il dualismo *lex-ius* conformemente alla realtà odierna, una realtà che non ammette più tradizioni nel senso antico, né giusnaturalismi di alcun genere, cioè non ammette più ciò che un tempo costituiva il lato del *nomos* di Antigone. Ma è decisivo il modo in cui si concepisce la Costituzione, per farla valere concretamente. Certamente se concepiamo la Costituzione nel modo in cui la concepisce Irti alcuna tensione tra *ius* e *lex* può esservi, che è poi la concezione dominante nel mondo della politica e che (probabilmente) ha fatto scuola tra i giuristi più sensibili alle esigenze di quel mondo, ovvero del positivismo legalista dove una legge, anzi un insieme di leggi in forma costituzionale, può essere montato, smontato e ricomposto a seconda delle circostanze, delle esigenze e delle volontà in campo.

Zagrebelsky e Grossi invece insistono sull'impossibile riduzione delle costituzioni del nostro tempo a semplici leggi. I modi e i tempi della loro elaborazione ne fanno certo documenti della politica; anzi, della politica al più alto livello, ma non nel senso della legge. Esse esprimono la preminenza della società nella propria auto-organizzazione; sono il documento di una identità che la società vuole darsi in modo stabile, tale che la pura e semplice volontà che si fa legge non possa prevalere. Sono insiemi di principi riassuntivi di esperienze passate alle quali ci si vuole collegare per proiettarle nell'avvenire; sono documenti che aspirano a costruire un'etica della convivenza sottratta alla sfera del potere. Siamo, scrive Grossi, nelle estreme propaggini dell'universo giuridico dove esso sconfinava con la morale, la religione, il costume, senza perdere perciò il suo carattere giuridico⁵⁰.

⁵⁰ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2003, 84 ss..

Lo 'Stato costituzionale' è per l'appunto questo: non uno Stato che ha una legge che si chiama Costituzione, ma uno Stato che si costruisce su un documento dove si riversano e si iscrivono i tratti culturali profondi della società⁵¹.

§ d). - 'Principi' e ragionevolezza: il giudice delle leggi, artefice del diritto?

Le parole della Costituzione indicano concetti come la dignità umana, la libertà, la giustizia, l'uguaglianza, la democrazia, ecc., ovvero norme di principio; parole che esprimono concetti di inviolabilità, protezione, espansione, ecc.: 'concetti' che devono essere riempiti di contenuto. Inoltre in tutte le giurisprudenze costituzionali si è sviluppato un tipo di controllo sulla non arbitrarietà delle leggi che, in Italia, va sotto il nome di controllo di ragionevolezza, che offre evidentemente l'apertura a un'altra dimensione del diritto, distinta da quella della legge positiva. Tale principio di ragionevolezza infatti è da leggersi quale messa in equilibrio di diritti, valori e poteri di vario segno alla luce delle singole situazioni concrete⁵².

Norme di principio e ragionevolezza della legge sono infatti secondo Zagrebelsky i segni della manifesta insufficienza del positivismo costituzionale ad abbracciare il suo oggetto. Per il loro tramite l'altro lato del diritto, il lato materiale, fa la sua trionfale ricomparsa, per ripristinare l'originaria struttura

⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 44 e s. secondo cui nello Stato costituzionale, la Costituzione non ha, a proprio sostegno, un potere, come ce l'ha invece la legge. Ha dietro di sé solo l'adesione. Se avesse dalla sua parte il potere, sarebbe ridotta a essere una legge, come le altre, solo un poco più resistente e perderebbe la sua identità. L'adesione invece è un fenomeno essenzialmente culturale, entro il quale operano le forze e le motivazioni più diverse, diverse tra loro ma, soprattutto, diverse dalla coercizione. Se noi guardiamo oltre la legge, cioè oltre quella legge-non legge che è la Costituzione, ecco che cosa scorgiamo: la cultura costituzionale. Questo è l'altro lato del diritto che ripristina la dimensione dello *ius* nell'unico modo oggi possibile, dopo il tramonto di tutte le altre sostanze giuridiche, la tradizione, il diritto naturale, ecc.: forza della legge e cultura costituzionale sono oggi le due forze in tensione.

⁵² L. DE ANGELIS, in O. MAZZOTTA, *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino, 2008, 41; M. NAPOLI, *Flessibilità e tutela contro i licenziamenti*, in *Questioni di diritto del lavoro (1992 - 1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, 281 e ss..

dualista del diritto. La concezione tradizionale della Costituzione come super-norma o iper-legge che si esprime nell'idea, o nella metafora spaziale, della 'gerarchia' tra le fonti una sopra l'altra, non sembra in grado di esprimere precisamente la sua funzione, quale si è venuta delineando fin qui.

Conclude quindi Zagrebelsky: una volta che la prospettiva cambi e si arricchisca, la creatività, sempre sospetta agli occhi del positivista legalista, cederebbe il passo alla più adeguata idea della costruzione del diritto come realtà complessa, un'idea alla quale occorre ancora lavorare perché entri a far parte di quei presupposti del nostro essere giuristi, dei quali non possiamo fare a meno⁵³.

SEZ. 2). - DOPO LA GRANDE CRISI DEL 2009, LA NECESSITÀ DI CAMBIARE IL MODO DI PENSARE LE REGOLE?

Dalle suddette considerazioni viene spontaneo domandarsi se, specie alla luce della crisi del 2009, non ci si trovi di fronte ad una svolta epocale e se non sia per caso giunta l'ora di fare un passo in avanti, verso la creazione di quel diritto definito da Zagrebelsky come 'realtà complessa'.

Sembra essere un dato inequivocabile che società ed economia, così come oggi strutturate, non sono più sostenibili e che qualcosa quindi debba pur cambiare. Le politiche economiche, monetarie e lavorative sono orientate al breve periodo, conseguenza della democrazia odierna che può essere chiamata del 'giorno dopo', a causa dalle perenni elezioni (politiche, regionali, provinciali o comunali). Si avverte tuttavia l'esigenza di sviluppare politiche lavorative e

⁵³ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, Napoli, 2007, 46 e ss., il quale fa notare altresì che questa appena accennata proposta di revisione dei nostri schemi consueti, frutto del pensiero positivistico della legge, potrebbe avere conseguenze importanti nella considerazione degli strumenti di decisione della Corte costituzionale, in particolare di quelle sentenze attraverso le quali, per via d'interpretazione o di integrazione la legge viene riplasmata alla stregua della Costituzione. Sono sentenze che hanno dato filo da torcere ai commentatori che ragionano del diritto come sistema monista ma che si spiegherebbero invece pienamente, una volta che si ragionasse in termini dualisti e il compito della Corte fosse conseguentemente concepito come armonizzazione dei due lati del diritto. La giurisprudenza costituzionale, nel giudizio sulle leggi, è garanzia del diritto nella sua interezza, ovvero della sua duplice natura di *ius* e *lex*. Se essa, così spesso, ci appare creativa di diritto, è solo perché il nostro punto di vista è, malgrado tutto, un punto di vista parziale che coincide con l'identificazione del diritto con la legge.

industriali di medio-lungo periodo. Non ci si vuole certo addentrare in argomentazioni di politica del diritto, ma si vuole semplicemente affermare il primato della persona sui mezzi di lavoro. Per perseguire tale idea tuttavia è necessario soffermarsi in modo critico ai giorni d'oggi, alla grave crisi economico-finanziaria del 2009 ed alle sue cause, salvo poi tornare al diritto ed ai licenziamenti, cercando di trarre spunti di riflessione dalla nostra carta costituzionale ed i suoi principi per affrontare la discrezionalità dei giudici del lavoro.

§ a). - La società del primo decennio del XXI secolo

Fa notare un grande sociologo contemporaneo, Bauman, che la realtà a cui assistiamo è quella della 'flessibilità' del mondo del lavoro e che ciò equivale a un vivere nell'incertezza con poche regole, che possono per giunta essere cambiate unilateralmente durante il gioco, con l'aggravio ulteriore - dal punto di vista dell'individuo - di non poter fare affidamento sul lavoro come elemento identificativo della propria persona. Anche i modelli di vita assomigliano infatti sempre più a quelli lavorativi, nulla deve essere duraturo, tutto deve essere variabile in breve tempo. Il tutto in nome del consumismo e della impersonificazione nel personaggio moderno del consumatore. La regolamentazione normativa è dunque non solo 'disfunzionale' e altamente indesiderabile per lo sviluppo del mercato, ma appare repellente anche per i consumatori⁵⁴.

Effetto di tale (non) regolamentazione politica è una costante delega delle scelte politico economiche al mercato, da cui la supremazia della *lex mercatoria*, e la volontà - che si registra da più parti - di abrogare la nostra legislazione sul

⁵⁴ Z. BAUMAN, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, Troina (En), 2007, 48 e ss..

lavoro in nome della concorrenza ai prodotti del sud est asiatico⁵⁵. Ecco quindi gli effetti della politica in atto, ovvero della 'flessibilità' (scelta da chi sta in alto e difesa accanitamente) con l'intento persuasivo – afferma Bauman – di farci credere che sia una vera benedizione per chiunque, compresi coloro per i quali essa significa non tanto libertà di scelta, autonomia e diritto all'autoaffermazione, quanto piuttosto mancanza di sicurezza, sradicamento e futuro incerto.

Questa visione della società potrà essere accusata invocando la *chance* che questo sistema darebbe anche ai poveri di diventare ricchi, ma quel che è inconfutabile è che la 'crescita economica', comunque intesa, va oggi di pari passo con la sostituzione del lavoro fisso con quello 'flessibile' e della sicurezza con la precarietà, ovvero con contratti a termine e interinali oltre che con ristrutturazioni e razionalizzazioni che si riducono in definitiva a una diminuzione dei livelli di occupazione⁵⁶. Non vi è dimostrazione più spettacolare di tale interrelazione del fatto che l'Inghilterra post-thatcheriana, battistrada di questo nuovo corso ed esaltata come il miglior esempio del suo successo nel mondo occidentale, sia diventata – fa notare Bauman – anche il paese afflitto dalla maggior povertà rispetto a tutti quelli più avanzati del mondo. Circa un quarto della popolazione anziana in Gran Bretagna vive in condizioni miserabili,

⁵⁵ Non si può tuttavia non notare come arrecare danni alla piccola e media impresa significhi danneggiare centinaia di famiglie e quindi migliaia di persone, con l'effetto che indebolendo le famiglie si riducono consumi e le imprese che, a loro volta, produrranno meno, innescando così un circolo involutivo dell'economia e dei livelli occupazionali.

⁵⁶ X. EMMANUELLI, in un articolo apparso su «Le Monde», il 15/4/1997, ha messo in ridicolo un'altra illusione ottica, strettamente connessa al sistema di lavoro flessibile, provocata dalla tendenza a proiettare l'interpretazione elitista sugli stili di vita di coloro che stanno più in basso nella scala sociale. Poiché i viaggi, la mobilità e la libertà dalle costrizioni della vita domestica sono un valore molto apprezzato dai turisti ricchi, i giovani abbandonerebbero le loro famiglie per trasferirsi nelle grandi città alla ricerca di 'qualcosa di diverso'. Da cui la tendenza a elogiarli (o, piuttosto, a idealizzarli) per il loro coraggio e la fiducia in se stessi, che li preparerebbe a vivere in una società che premia ed esalta l'iniziativa individuale. Ma secondo Emmanuelli, 'non c'è niente di più falso' dell'idea che i vagabondaggi dei figli dei poveri siano 'viaggi di formazione' che consentono loro di 'trovare la propria identità'. La 'fase di iniziazione' alla vita, afferma Emmanuelli non ha nulla a che vedere con questa vita errabonda e insensata, 'quanto mai distruttiva'.

il che rappresenta una percentuale cinque volte superiore a quella dell'Italia 'economicamente in affanno' e tre volte superiore a quella dell'Irlanda 'arretrata'. Un quinto dei bambini inglesi – ovvero il doppio che a Taiwan e in Italia e sei volte di più che in Finlandia – vive in stato di indigenza. Complessivamente, 'il numero di poveri a basso reddito è balzato a circa il 60 per cento sotto il governo (della signora Thatcher)⁵⁷. Secondariamente, man mano che i poveri diventano sempre più poveri, i più abbienti – pietra di paragone delle virtù del consumatore – diventano sempre più ricchi. Mentre il quinto della popolazione più povera in Gran Bretagna, culla del recente 'miracolo economico' degli anni '90, ha un potere d'acquisto inferiore a quello di qualsiasi altro grande paese europeo, il quinto più ricco fra i più benestanti d'Europa può permettersi di spendere quanto la leggendaria classe agiata giapponese. E quanto i più poveri immiseriscono, tanto più strabilianti appaiono i livelli di vita dei ricchi che essi ammirano e vorrebbero emulare. Così, la 'sensazione soggettiva di inadeguatezza', con tutte le sofferenze dello stigma e dell'umiliazione che l'accompagna, è aggravata dalla duplice pressione del calo dei livelli di vita e dal crescente immiserimento relativo, entrambi rafforzati anziché mitigati dalla crescita economica nella sua forma selvaggia ultraliberista⁵⁸.

§ b). - Una nuova attività giudicante ed interpretativa delle leggi dopo la crisi?

Alla luce di quanto sopra esposto è evidente la necessità di pensare al modo migliore di concepire la società odierna e futura. Punto di partenza è pensare che il lavoro è la condizione normale di tutti gli esseri umani e che 'non lavorare' è anormale e poi pensare ai lavoratori come creature con un'anima, non a meri

⁵⁷ Secondo il rapporto di G. LEAN E B. GUNNELL, la povertà in Gran Bretagna è peggiore che in qualsiasi altro paese occidentale ('Independent on Sunday', 15/6/1997).

⁵⁸ Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2007, 66 e s..

ingranaggi di un meccanismo complesso, che – a prescindere dalla tipologia di lavoro svolto – sono meritevoli di una paga che consenta loro una vita libera e dignitosa a sé ed alla propria famiglia, proprio come esprime la nostra carta costituzionale all'art. 36. Per dirla con le parole di Baumann è necessario esortare chi sta bene a non dimenticare i poveri e a riflettere sull'insensibilità e il silenzio che hanno accompagnato le peggiori atrocità nel corso della storia⁵⁹. A tal proposito è di fondamentale importanza il ruolo dei giudici e della loro attività giudicante ed interpretativa delle leggi. L'esercizio del potere discrezionale del giudice, talvolta, comporta la necessità di scegliere tra varie ipotesi tutte legittime, sicché il problema diventa quello di stabilire in base a quali criteri deve avvenire questa scelta. Particolarmente affascinante è la teoria dei principi di Dworkin, critico del positivismo giuridico di Hart, secondo cui oltre alle regole (o prescrizioni) ci sarebbero anche i principi, da lui stesso definiti "carte vincenti": le prime si applicano alla maniera del "tutto o niente", i principi invece hanno la dimensione del peso e dell'importanza (se x, allora y, a meno che z). Inoltre, mentre le prescrizioni possono essere giuste o ingiuste, i principi possono essere solo giusti, in quanto nascono da esigenze di giustizia. Dworkin quindi sintetizza nell'idea di "principio" l'aspetto "costituzionalistico" dell'esperienza giuridica contemporanea, ovvero il fatto che per la comprensione del diritto si debba partire non solo dalle sue "basi", ma anche dalla sua "forza", ovvero da una "autocomprensione normativa e costituzionale" del senso delle cose e quindi della *ratio* sottostante ad ogni norma. Si può dire, in termini filosofici, che la teoria dei principi di Dworkin ricerca "il senso del mondo e dell'esistenza umana", come dote che unisce una vasta e assimilata conoscenza delle cose con "la capacità e l'equilibrio nel giudicarle"⁶⁰. Tale teoria dei principi ovviamente non è priva di critiche. Un'illustre dottrina, Barak⁶¹, contesta infatti alla teoria dei principi la negazione della discrezionalità dei

⁵⁹ Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2007, 10.

⁶⁰ R. DWORKIN, *I fondamenti del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

⁶¹ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995.

giudici, che invece sussisterebbe, afferma Barak, almeno nei casi cd. difficili⁶², ovvero in quei casi in cui le difficoltà di decisione derivano dal fatto che rispetto ad essi, nessun aiuto può venire dal modello osservato *ex ante*. Come si nota, scegliere se il giudicante abbia o meno un potere discrezionale non è cosa di poco conto.

Per quel che riguarda il presente lavoro riteniamo come già detto che la discrezionalità dei giudici sia un dato di fatto e che abbiamo quindi un potere di controllo sull'operato dei datori di lavoro tenuto conto dei 'principi' della carte costituzionali e che - se la crisi del 2009 si dovesse uscire con un cambio di paradigma - potrebbe portare a nuove letture evolutive.

*§ c). - Sviluppo e valorizzazione (economica) del territorio: la
funzione sociale delle grandi imprese nel XXI secolo, tra
incentivi statali ed esternalizzazioni*

Prima di entrare nel vivo della tematica in esame sembra doveroso soffermarsi anche su un altro aspetto importante dei giorni nostri, così da avere chiaro il contesto socio culturale in cui vive il diritto del lavoro ed in cui gli operatori del diritto svolgono le loro funzioni. Si tratta, da un lato, di prendere atto della politica europea dell'UE e degli effetti di questi nei territori locali e, dall'altro, di 'vedere' gli interessi contrapposti esistenti in materia economica, quelli dei datori di lavoro e quelli dei lavoratori.

In Europa, si sa, assistiamo ad un costante allargamento dell'UE a est che, fa notare un'autorevole rivista di geopolitica, da un punto di vista economico significa - per un paese economicamente e politicamente forte come la Germania - la possibilità di tornare all'antico modello della Mitteleuropa, il

⁶² Secondo Barak nei casi semplici ed intermedi non vi è che una sola soluzione legittima ma nega che ciò sia anche vero nei casi c.d. difficili.

quale, in effetti, è stato praticamente ricreato, mediante i processi di delocalizzazione produttiva e adeguamento alle sfide della globalizzazione⁶³.

Effetto di tale politica è tuttavia che troppo spesso si assiste al fenomeno di intere famiglie ridotte sul lastrico a seguito della chiusura di grandi stabilimenti che decidono di esternalizzare la loro attività. Fa notare Bauman che le grandi imprese attuali non hanno bisogno di assumere più dipendenti per aumentare i loro profitti, e anche nel caso in cui si presenti questa necessità, possono trovarli facilmente altrove e a costi inferiori a quelli della manodopera locale, anche se ciò comporta l'ulteriore immiserimento dei poveri nei loro paesi⁶⁴. Ma nel mondo delle grandi industrie, oggi, il progresso significa innanzitutto 'riduzione del personale', mentre sviluppo tecnologico significa sostituzione del lavoro vivo con sistemi informatici⁶⁵.

Non v'è tuttavia neppure da stupirsi della crisi del 2009 visto che la storia europea, fin dall'epoca romana, è un grandioso manuale di finanza che narra di

⁶³ M. DE CECCO, *L'incerto destino della moneta senza Stato*, in *Limes: L'euro senza Europa*, 2010, 14.

⁶⁴ Agli effetti della delocalizzazione si accompagna anche il fenomeno che vede le nazioni diventare troppo piccole per gestire problemi globali, ma allo stesso tempo troppo grandi per gestire problemi di vita quotidiana dei cittadini. Si assiste così, da un lato, al diffuso fenomeno di spinta verso il regionalismo e, dall'altro, al fenomeno di spinta verso grandi unioni, quale è l'unione europea, necessari per competere a livello globale. Il fenomeno della frammentazione degli Stati tuttavia non è un fenomeno raro, basti pensare alla storia dei Balcani degli anni '90, oppure alla Repubblica Ceca e Slovacchia, oppure risalendo un po' nel tempo, neppure troppo lontano, alla Austria-Ungheria. Sono importanti anche le rivendicazioni attuali a cui si assiste in Belgio o in Spagna, ma anche in Francia e, perché no, in Italia, che in questo non è certamente diversa dagli altri paesi appena nominati (del resto l'Italia è abituata storicamente ad essere divisa in feudi e ducati).

⁶⁵ Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2007, 99, che fa altresì notare come la dimostrazione di quanto sia subdola la condanna dell'oziosità di coloro che percepiscono sussidi è fornita dal modo in cui la Borsa, espressione involontariamente sincera degli interessi delle imprese, reagisce alle fluttuazioni dei livelli di occupazione. La cosa significativa non è tanto il fatto che non manifesti alcun segno di inquietudine, né tanto meno di panico, quando il tasso di occupazione aumenta in un determinato paese, quanto piuttosto la sua reazione entusiastica, quando sembra che *non* aumenterà.

denaro, di crolli del valore monetario e della conseguente perdita di fiducia e crisi del diritto che sfociano in catastrofi politiche⁶⁶.

L'economia reale deve tornare a essere considerata come un valore, così come lo è l'occupazione dei lavoratori a cui si deve pensare in termini di condizione di normalità, come indicato dalla nostra carta costituzionale da un lato dall'art. 41 e dall'altro dall'art. 4 comma I⁶⁷.

Negli ultimi anni l'esternalizzazione è stata perseguita dagli imprenditori italiani ed europei quasi come una regola economica imprescindibile⁶⁸, sebbene abbia palesi riflessi negativi sulle vite degli individui. Descrive bene tale fenomeno Bauman in proposito: "se vi affezionate all'azienda in cui lavorate e la inserite nei vostri progetti per il futuro, rimarrete inevitabilmente delusi non appena deciderà di ricorrere ad appalti esterni o di avviare un piano di ristrutturazione, se non forse ancor prima. Sempre più queste fatali trasformazioni riassunte sotto l'espressione corrente di 'flessibilità del mercato del lavoro' proiettano una luce fosca sulle future possibilità di creare legami di solidarietà e sviluppare una dedizione duratura, e tanto meno piena e incondizionata, a una 'causa comune'"⁶⁹.

Quando si verificano simili eventi, è palese l'impoverimento dei territori e dei suoi abitanti: le persone restano prive di occupazione ed il territorio è svuotato di manodopera specializzata e di una economia reale. In altre parole da un lato si perde 'ricchezza' e dall'altro il *know how* e le invenzioni e le migliorie che

⁶⁶ M. STÜRMEER, *La moneta senza storia alla prova della storia*, in *Limes: L'euro senza Europa*, 2010, 81.

⁶⁷ Sarebbe anche necessario domandarci se le esternalizzazioni siano effettivamente una necessità o se siano invece solo la manifestazione di una volontà ignota ai cittadini.

⁶⁸ Sembra tuttavia essere finita, almeno per il momento, l'era dell'esternalizzazione. In Francia per esempio si iniziano ad intravedere spiragli di inversione di tendenza e di ampliamento dello sguardo oltre gli stretti ambiti del profitto a favore della relocalizzazione della produzione. 'Renault' in Francia, torna infatti a produrre sul territorio 'di casa', frutto sia della pressione sull'azienda francese da parte del governo, ma anche della necessità di fare sistema e avere tutto vicino, competenze e macchinari. *Il sole24ore, Sorpresa: Renault 'relocalizza' la produzione in Francia*, 31 maggio 2010.

⁶⁹ Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2007, 101.

interessano all'azienda diminuiscono. I dipendenti specializzati privi di occupazione, perderanno le loro competenze lavorative ed i dipendenti precari che eventualmente saranno chiamati a sostituirli difficilmente potranno contribuire allo sviluppo della propria azienda, perché non adeguatamente motivati e comunque non sufficientemente esperti. Viene quindi spontaneo da domandarsi cosa accadrebbe sui nostri territori, ed europei in genere, se dovessero prevalere le istanze favorevoli alla frammentazione degli Stati. Ci si troverebbe di fronte a territori svuotati, su cui non vi sarebbe più nulla da produrre, senza occupazione e senza lavoratori qualificati. Ci si troverebbe innanzi ad una struttura economica iper-terziarizzata, non autosufficiente, con conseguenze a dir poco amare sulla vita delle persone. Sarebbe quindi auspicabile rivedere i paradigmi economici e giuridici anche secondo questa prospettiva.

Esiste una responsabilità sociale delle grandi imprese?

Nella disamina delle questioni dei territori piagati dalla disoccupazione si esplica uno snodo fondamentale: 'la centralità dell'uomo anche nel processo economico e la 'funzione sociale dell'impresa'. Qualcosa che va molto al di là del semplice appello a non chiudere questo o quell'impianto, ma investe il senso ultimo del *perché* e quindi del *come* si fa impresa.

Quello della responsabilità sociale è evidentemente un tema che incrocia varie materie: diritto, economia e società. Viene quindi da domandarsi se sussistano, o meno, strumenti giuridici in grado di arginare i suddetti fenomeni, specie dei licenziamenti collettivi effetti collaterali delle esternalizzazioni⁷⁰.

⁷⁰ Dagli organi d'informazione si apprende che i posti di lavoro persi in un anno 2009 sono oltre 300mila e che ci sono altre migliaia di lavoratori in bilico. Emblematico è il caso Fiat di Termini Imerese, stabilimento aperto nel 1970 grazie ad un consistente contributo della Regione siciliana, poi incrementato dallo Stato, erogato al gruppo Fiat al fine di ottenerne la localizzazione sul territorio. Attualmente lo stabilimento occupa una forza lavoro di circa 1900 addetti, quota che in passato aveva raggiunto anche le 3200 unità. Attualmente, tuttavia, nonostante la riconosciuta qualità produttiva, è inserito tra gli stabilimenti da chiudere secondo il noto piano approntato dall'amministratore delegato del gruppo. In altre parole negli anni '70 si era profilato un patto sociale tra Stato e Fiat (avendo lo Stato erogato molti denari per le casse integrazioni degli operai Fiat che si erano susseguite nel tempo nei vari periodi di crisi del

Fa notare Perulli, per molti la responsabilità sociale è la responsabilità di nessuno nei confronti di nessuno. Sul piano normative, infatti, i codici di condotta potrebbero essere lo strumento deputato a regolare la problematica della responsabilità sociale delle imprese, ma essendo meri codici per adesione non possono essere considerati modelli normativi eteronomi in senso stretto. Secondo Perulli infatti la realizzazione della responsabilità sociale non passa neppure da norme tradizionali del diritto positivo, sebbene possa aspirare a trasformarsi in diritto. Alcuna conseguenza può desumersi da tale responsabilità, non prevedendo infatti alcuna conseguenza (basti pensare alle esternalizzazioni contro cui non si può proporre alcuna opposizione). Sullo sfondo della tematica della responsabilità sociale vi sono tuttavia indicatori quali il 'profitto' che portano piuttosto a pensare alla deresponsabilizzazione sociale dell'impresa che persegue per sua naturale vocazione dividendi e buona quotazione delle proprie azioni in borsa⁷¹. Per dirla ancora una volta con le parole a Bauman, primeggia la razionalità economica, che sostituisce i principi morali con quelli del libero scambio, della competitività e della produttività⁷². Per tale motivo – dice Perulli – la responsabilità d'impresa non può essere lasciata totalmente all'autonomia dell'impresa ma richiede una minima regolazione da parte delle legge statale⁷³.

mercato dell'auto, era stato chiesto a Fiat di farsi carico di un territorio in difficoltà occupazionale e che aveva la necessità di poter vivere di lavoro e non di mera assistenza). Ora, tuttavia, Fiat vuole chiudere questo stabilimento.

⁷¹ A. PERULLI, lavori del convegno tenuto a Venezia il 24-25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*.

⁷² Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2007, 131.

⁷³ A. PERULLI, lavori del convegno tenuto a Venezia il 24-25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*; in genere A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione, clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999, 335; Si veda in tal senso anche un'intervista sul Sole24ore di GIOVANNI BAZOLI (presidente del Consiglio di Sorveglianza di Intesa SanPaolo), secondo cui *'La crisi bancaria in atto ha evidenziato tutte le criticità e i rischi impliciti nell'affermarsi di una logica di business improntata alla sola massimizzazione dell'efficienza e del profitto'*: Giovanni Bazoli, *Ruolo sociale delle grandi banche*, 'Il Sole 24 Ore' del 14 agosto 2008.

Effettivamente v'è molto da riflettere sulla responsabilità sociale ed i codici etici, che sono per lo più un concetto ambiguo. Le aziende frodano già la legge 'dura' ('hard law'), ci si può immaginare cosa possano fare della legge 'soft'. Vista in questa prospettiva sembrerebbe proprio che il diritto positivo in ambito lavoristico, sia un terreno troppo 'duro' per poter contemplare la responsabilità sociale, o tutt'al più – come suggerisce Pessi⁷⁴ – si può pensare che la responsabilità sociale possa essere assegnata per competenza, e perseguita, all'autonomia collettiva. Allo stato attuale quindi il concetto di responsabilità sociale delle imprese significa essenzialmente che esse decidono di propria iniziativa di contribuire a migliorare la società e l'ambiente⁷⁵. Non le si può costringere a rimanere in luoghi e territori a loro non graditi⁷⁶.

La responsabilità d'impresa si baserebbe quindi solo sulla volontarietà (le imprese autonomamente decidono il contenuto dei loro codici etici), a differenza delle norme di diritto positivo del diritto del lavoro, caratterizzate dall'obbligatorietà. Ne consegue un 'problema', ovvero che la prima categoria di norme è senza sanzione e quindi la tutela del lavoratore è relegata esclusivamente all'interno dell'impresa⁷⁷. La responsabilità sociale non sarebbe

⁷⁴ PESSI, lavori del convegno di Venezia, 24 25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*.

⁷⁵ Non si dimentichi infatti che la riduzione del tasso di disoccupazione non figura neppure tra i parametri di una 'sana economia' stabiliti per l'ingresso nell'unione monetaria europea e che quindi alcuno strumento a tutela dei lavoratori e dei territori in cui vivono e lavorano ancora sussiste.

⁷⁶ Sebbene le imprese ad oggi non abbiano obblighi in tal senso, v'è da dire che sono sempre più consapevoli del fatto che la responsabilità sociale può rivestire un valore economico diretto. Anche se la loro vocazione principale è quella di generare profitti, le imprese possono al tempo stesso contribuire ad obiettivi sociali e ambientali, integrando la responsabilità sociale come investimento strategico nel quadro della propria strategia commerciale. La responsabilità sociale dell'impresa, al pari della gestione della qualità, viene considerata come un investimento (e non come un costo). Le imprese oggi si sentono "soggetto sociale" e destinano parte del loro budget alla realizzazione di partnership con la comunità e con il territorio.

⁷⁷ Un esempio in tale senso è il Gran Giurì del settore della comunicazione, che prevede come sanzione la pubblicità su giornali del provvedimento del Gran Giurì stesso. In genere comunque l'attuazione dei principi contenuti nel Codice Etico è affidata ad un Comitato etico. Ad esso è affidato il compito di diffondere la conoscenza e la comprensione del Codice in azienda,

quindi una responsabilità giuridica, ma una norma etico – sociale⁷⁸ ed il Codice Etico sarebbe solo uno strumento di rendicontazione sociale⁷⁹, come una “Carta Costituzionale” dell’impresa, una carta dei diritti e doveri morali, che definisce la responsabilità etico-sociale di ogni partecipante all’organizzazione imprenditoriale (in pratica il principale strumento di implementazione dell’etica all’interno dell’azienda).

Ai fini del presente lavoro occorre quindi domandarsi se i contenuti di tali codici etici, in quanto soft law, possano essere, o meno, valutati direttamente dai giudici in caso di licenziamento. La nostra costituzione parla in qualche modo anche di responsabilità sociale. Si pensi all’art. 41 Cost., comma II, secondo cui l’attività d’impresa non può essere contraria all’ *‘utilità sociale’*. Ma anche l’art 46 Cost. che *‘Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione’*, riconosce *‘il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende’* e l’art. 118 Cost. sulla sussidiarietà. Ulteriori spazi vi sono a livello europeo nella Carta di Nizza. Si può quindi affermare che sussistano ‘principi’ in materia di responsabilità sociale. Ma questi possono portare l’interprete, oggi, a usarli per risolvere problematiche in tema di responsabilità sociale e quindi di tutela dei lavoratori? Per taluni sarebbe possibile ed individuano quale norma positiva deputata a fare da grimaldello per trasformare la *soft law* dei codici etici in *hard law* il contratto a favore di terzo *ex* l’art 1372 c.c. del nostro ordinamento interno ⁸⁰. Tale assetto sistematico potrebbe far intrecciare la *soft law*, con *hard law* e darle valenza di obbligatorietà. Certamente perché ciò accada è necessario anche un cambio di paradigma: il profitto non deve essere più l’unico

monitorare l’effettiva attivazione dei principi contenuti nel documento, ricevere segnalazioni in merito alle violazioni, intraprendere indagini e comminare sanzioni.

⁷⁸ Si veda il Libro verde del 2001 (tre pilastri economico ambientale sociale).

⁷⁹ si veda: www.bilanciosociale.it (15 ottobre 2010).

⁸⁰ Si veda in tal senso F. GALGANO, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*. Libro quarto, Delle obbligazioni; art. 1372-1405.

obiettivo⁸¹. In tale prospettiva le imprese devono tenere conto oltre che del profitto, anche delle persone e dell'ambiente. Di tale cambio di paradigma – osserva Conte – sembrerebbe esservi già traccia, basti pensare ai recenti premi Nobel per l'economia (vi veda per esempio Smith) le cui teorie indicano l'ingresso dell'etica nel diritto e nell'economia⁸². Si starebbe cioè passando da un'impresa che produce utili, come insegnatoci da Friedman, ad un concetto di impresa che ha un ruolo istituzionale, non deducibile sulla base dei parametri classici, ormai obsoleti (imperatività della norma, formalismo positivistico e attività interpretativa), a favore di nuovi criteri etici che si riscontrerebbero in numerose norme⁸³. Essere socialmente responsabili significa non solo soddisfare obblighi giuridici, ma anche andare al di là, investendo “di più” nel capitale umano, nell'ambiente e nei rapporti con le parti interessate. Sembrerebbe quindi che *soft law* e *hard law* siano destinati a fondersi sempre più, non potendo più essere due mondi paralleli⁸⁴.

È auspicabile quindi che trovi spazio in futuro la cd. 'economia sociale di mercato'⁸⁵. Solo attraverso tale cambio di paradigma la responsabilità sociale

⁸¹ Si veda in tal senso A. RONKEY, *I limiti del capitalismo*, Milano, Rizzoli, 1991 che vent'anni fa aveva già indicato, ne 'i limiti del capitalismo', la necessità di andare oltre il mero profitto e aveva indicato la fase ecologica (che è quella in cui pare si stia entrando) come l'ultimo stadio del capitalismo.

⁸² CONTE, lavori del convegno tenuto a Venezia il 24-25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*.

⁸³ Conte cita in tal senso il Codice Preda del 2006 modificato nel 2010, la riforma del Company Act del 2006, la riforma dell'art. 172 del codice inglese ove si dice che obiettivo dell'impresa è il 'successo' oppure l'art. 12 del codice della privacy d.lgs. 196/2003 che richiama la responsabilità sociale; afferma altresì Conte che non sarebbe neppure vero che non vi siano conseguenze per le società 'irresponsabili', basti pensare al caso Nike che, scoperta a produrre sfruttando la manodopera minorile (sebbene legalmente), è stata costretta dal mercato ad abbandonare quelle modalità di produzione; Conte, lavori del convegno tenuto a Venezia il 24-25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*.

⁸⁴ Si starebbe cioè sempre più scoprendo che l'etica fa bene all'impresa, in tal senso si collocano quelle realtà economiche premiate dalle Regioni con un 'bollino' certificatore della qualità sociale dell'impresa.

⁸⁵ TREU, lavori del convegno tenuto a Venezia il 24-25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*; GOTTARDI, atti del convegno Aiddlass tenuto

delle imprese - magari attraverso le suddette norme - potrebbe trovare uno spazio di espressione più ampio.

a Parma, 4-5 giugno 2010, secondo la quale con il Trattato di Lisbona, l'Europa di mercato si sta spostando verso diritto sociale.

CAP. 2). - TRA DIRITTI POTESTATIVI DEL DATORE DI LAVORO E NECESSARIA GIUSTIFICAZIONE DEL LICENZIAMENTO

L'estinzione del rapporto di lavoro può avvenire per recesso del datore di lavoro (licenziamento) o per recesso del lavoratore (dimissioni). In genere il recesso unilaterale è espressione del potere di ciascuna delle parti di sciogliere il rapporto con il semplice mezzo della comunicazione all'altra parte; come tale, è un diritto potestativo riconosciuto dall'ordinamento in deroga al principio generale secondo cui il contratto può essere risolto solo per mutuo consenso. In particolare, nel nostro ordinamento, il potere di licenziare trova importanti limitazioni.

§ a). - L'evoluzione normativa in materia di licenziamento

Il codice del 1865

In origine la cessazione del rapporto di lavoro era affrontata nel quadro di una filosofia puramente liberale: le parti del rapporto di lavoro così come avevano piena libertà di costituire e di disciplinare il rapporto, disponevano in piena autonomia anche della sua cessazione. Un solo limite era apposto dal codice civile del 1865: nessuno poteva porsi "all'altrui esercizio che a tempo o per una determinata impresa" (art. 1628). È evidente la volontà del legislatore dell'epoca di proteggere la libertà dell'individuo nei confronti di vincoli di soggezione a durata indeterminata⁸⁶.

L'ideologia del codice civile del 1942: gli artt. 2118 e 2119

⁸⁶ Successivamente, il primo riferimento normativo in materia di licenziamento individuale è rappresentato dal R.D.L. 1825/1924, disciplinante la materia dell'impiego privato che prevedeva la reciprocità tra licenziamento e dimissioni. Alla base di tale decisione del Legislatore dell'epoca vi era il principio della libera recedibilità dai contratti soggetti ad un vincolo temporaneo secondo canoni e principi propri di una legislazione liberale.

Tale *modus operandi* di legiferare si poteva rinvenire anche nell'art. 2118 cod. civ. del 1942, secondo cui "ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto a tempo indeterminato" senza fornire alcuna motivazione (c.d. recesso *ad nutum*). Logica conseguenza di tale disposizione era dunque la preclusione del controllo del giudice sui motivi del licenziamento e la idoneità della 'nuda' dichiarazione da parte del datore di lavoro ad estinguere il rapporto.

Tale previsione del recesso *ad nutum* si collegava, almeno in apparenza, a vari principi di ordine generale: *a)* pareva garantire *la libertà* individuale dei contraenti nei confronti di vincoli contrattuali a tempo indeterminato, potendo ciascuno liberarsi dal rapporto istantaneamente; *b)* garantiva una presunta 'eguaglianza' tra le parti del rapporto, ponendole in posizione simmetrica e di reciprocità di fronte alla cessazione del rapporto; *c)* allineava la risoluzione del rapporto di lavoro a quella di ogni altro contratto sinallagmatico a tempo indeterminato, considerandola alla stregua di un qualsiasi istituto contrattuale riconducibile al diritto civile; *d)* creava una logica simmetrica tra la costituzione e la cessazione del rapporto di lavoro, nel comune segno della libera determinazione ad opera della volontà delle parti.

La Corte Costituzionale, investita della questione di costituzionalità della norma, l'aveva dichiarata infondata, in quanto l'art 4 Cost. non garantisce ai cittadini né il diritto al conseguimento di una occupazione, né quello alla sua conservazione; non di meno, la Corte aveva evidenziato come la garanzia costituzionale del diritto al lavoro imponesse al legislatore di approntare una disciplina idonea ad assicurare la continuità del rapporto, circondando di doverose garanzie e di opportuni temperamenti, i casi in cui fosse consentito dar corso al licenziamento⁸⁷.

Unico vincolo per il recedente, ai sensi della disciplina codicistica è, ancora oggi, di dare alla controparte regolare preavviso, da cui deriva il differimento della cessazione del rapporto di lavoro per un determinato periodo di tempo. La *ratio* dell'istituto – improntata alla tutela della parte receduta – è quella di consentire

⁸⁷ Corte Cost., 9 giugno 1965, n. 45, in *Foro It.*, 1965, 1118.

al datore, in caso di dimissioni, la tempestiva sostituzione del lavoratore e al lavoratore, in caso di licenziamento, la ricerca di altra idonea occupazione.

Tale obbligo del preavviso viene meno in caso di licenziamento per giusta causa poiché ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. quest'ultima per definizione "non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto". Tuttavia nel caso di dimissioni sorrette da giusta causa, cioè da gravi comportamenti del datore, non soltanto il lavoratore è esonerato dall'obbligo del preavviso, ma ex art. 2119 cod. civ. ha altresì diritto ad una indennità sostitutiva del preavviso⁸⁸.

L'introduzione della regola della necessaria giustificazione del licenziamento

F. Carinci fa notare come il carattere ideologico dei postulati sopra indicati fosse palesemente mistificatorio e come il rispetto della 'eguaglianza formale' fosse più che mai lesivo della 'eguaglianza sostanziale'⁸⁹. Si avvertiva quindi la necessità di tutelare concretamente il "contraente debole - lavoratore", ed il diritto del lavoro era la risposta dell'ordinamento ad un'evidente situazione di disparità tra le parti di un contratto privatistico. Se infatti tutti gli altri contratti riguardano *l'aver* delle parti, il contratto di lavoro riguarda sì *l'aver* per l'imprenditore, ma *l'essere* per il lavoratore. Se dal piano dell'astratto e paritario diritto contrattuale si scende ad una considerazione effettiva della posizione delle parti nella realtà socio-economica ci si avvede subito che, mentre le dimissioni del lavoratore creano al datore di lavoro il mero fastidio della sostituzione, peraltro agevolata dalla tendenziale ricchezza dell'offerta di lavoro, il licenziamento costituisce generalmente per il lavoratore un dramma in ragione della difficoltà di reperire una nuova occupazione in un mercato del lavoro decisamente ostile e, per effetto, del venir meno dell'unica o principale fonte di sostentamento, nonché dell'occasione di sviluppo della sua professionalità: in altre parole il datore di lavoro rischia di perdere un collaboratore generalmente sostituibile, il lavoratore invece vede compromessi

⁸⁸ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro: il lavoro subordinato*, Torino, 2008, 297.

⁸⁹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2008, 297.

dalla rottura del rapporto beni e valori di rilievo sociale ed economico ben più decisivi.

Con l'avvento della Carta Costituzionale l'ostilità, specie della dottrina, nei confronti della concezione recepita dal codice civile, generò l'auspicio che in via interpretativa – attraverso una valorizzazione degli artt. 41 Cost, II comma, e 4 Cost., ovvero tramite l'art. 1345 cod. civ. sul motivo illecito, oppure *de jure condendo* – si affermasse un generale divieto dei licenziamenti immotivati.

Al parziale superamento della libera recedibilità di cui all'art. 2118 cod. civ., pur dichiarato costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale⁹⁰ si diede avvio in sede sindacale. Allo scadere di un blocco dei licenziamenti – disposto per legge nell'immediato dopoguerra – un accordo interconfederale del 1947 introdusse alcune limitazioni al potere di licenziamento nel settore dell'industria⁹¹.

Gli accordi interconfederali

La necessità di ridurre tale sproporzione tra le parti del rapporto di lavoro per via di un potere risolutivo privo di controlli spinse all'epoca le parti sociali, ed *in primis* i sindacati, ad addivenire attraverso accordi interconfederali a creare una vera e propria disciplina negoziale dei licenziamenti. Sono infatti gli accordi interconfederali per l'industria del 1947, 1950, 1965 a predisporre la necessità di giustificare l'estinzione del rapporto attraverso il licenziamento⁹².

Questo modello di tutela, fondato su una disciplina negoziale e forme di tutela extra- giudiziali, entrò in crisi a causa dell'irrigidirsi dei rapporti tra le parti sociali, connotati sempre più da un regime di conflittualità diffusa. Fu così che

⁹⁰ Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 46, *Foro It*, 2000, I, 699; in merito all'impossibilità di desumere dalle norme costituzionali la regola della giustificazione necessaria.

⁹¹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2008, 297 e ss..

⁹² Si noti come l'introduzione di tale disciplina negoziale del licenziamento era, dalla CGIL e dai giuristi a lei vicini, criticata per i caratteri di provvisorietà ed obbligatorietà. Non si può tuttavia negare che la disciplina negoziale ebbe il merito di individuare soluzioni ancor oggi in voga come ad esempio la predisposizione di un controllo preventivo, ad opera di un collegio arbitrale, sulla correttezza del licenziamento o la possibilità di procedere ad accordi stragiudiziali anche attraverso il ricorso ad arbitrati irrituali.

negli anni'60, anche per via della nascita di una nuova alleanza politica, il centro-sinistra, si infittì la predisposizione di normative poste a tutela e protezione dell'impiego. Fu quindi con il Governo Moro che venne istituita una commissione governativa che avrebbe dovuto portare al varo di uno statuto dei diritti del lavoratore. Il progetto naufragò per via delle divisioni sindacali. Da una parte vi era chi, come la CGIL, mirava all'introduzione di un sistema di stabilità reale (si considerava così il licenziamento illegittimo come nullo, dovendo il lavoratore essere così reintegrato nel posto di lavoro) e dall'altro vi era chi, come la CISL e la UIL, contestava tale posizione, sostenendo la necessità di difendere tale sistema negoziale o al massimo ritenendo utile la predisposizione di una tutela obbligatoria basata su una *perpetuatio obligationis*.

La L. 604 del 1966

Dopo un periodo di ostilità da parte datoriale e della CISL – ostile a interventi legislativi in materie ritenute di competenza dell'autonomia collettiva – intervenne una specifica legge sui licenziamenti individuali, varata il 15 luglio 1966, legge n. 604, mentre intatta rimase la libertà di dimissioni cui continuava (e continua) ad applicarsi la normativa codicistica. La L. n. 604/66 canonizzò il principio della giustificazione obiettiva del potere di recesso, dichiarando illegittimo il licenziamento non sorretto da 'giusta causa' o da 'giustificato motivo' e quindi attribuendo un rilievo giuridico al profilo causale di un potere che, nell'ispirazione del codice civile, era ritenuto sostanzialmente insindacabile e svincolato da oneri causali. Tale legge, nell'introdurre le nuove definizioni di giustificato motivo, nella duplice configurazione soggettiva ed oggettiva, rinviava per l'identificazione della giusta causa all'art. 2119 cod. civ.. Pertanto mentre nel regime del codice civile l'esistenza o meno di una giusta causa rilevava soltanto ai fini della concessione del preavviso (o della relativa indennità sostitutiva), in presenza della disciplina vincolistica dei licenziamenti individuali l'assenza di giusta causa comporta l'illegittimità del licenziamento. L'art. 5 della L. n. 604 pose l'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo a carico del datore di lavoro, chiamato così a supportare

anche sul piano probatorio la legittimità del recesso. L'art. 8 prevede per l'ipotesi di licenziamento non assistito da giusta causa o da giustificato motivo un regime sanzionatorio ritenuto dai più compromissorio o moderato: riassunzione del lavoratore o – a scelta del datore – pagamento di una penale risarcitoria ragguagliata ad un numero di mensilità di retribuzione che variano entro limiti predefiniti, del comportamento e delle condizioni delle parti. In sostanza, quindi, posto che il licenziamento ingiustificato poteva conservare alla stregua dell'art. 8 la propria efficacia risolutiva, doveva dirsi salvaguardato il potere del datore di lavoro di estinguere anche immotivatamente il rapporto, salva l'efficacia dissuasiva dell'onere economico⁹³.

Soltanto per i licenziamenti di rappresaglia, determinato cioè da ragioni ideologiche, religiose, politiche, sindacali, veniva apprestato un regime di più radicale *nullità* (indipendentemente dalle dimensioni aziendali), con conseguente prosecuzione del rapporto senza soluzione di continuità⁹⁴.

L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori

L'infittirsi dello scontro sociale e la crescente forza politico sindacale della sinistra più radicale, portò nel 1970 all'adozione da parte del Parlamento della L. 300/70, meglio conosciuta come Statuto dei lavoratori, il cui art. 18 introdusse un sistema di tutela reale per il lavoratore occupato in un'impresa con più di 15 dipendenti e licenziato senza giusta causa e giustificato motivo, incorrendo così il licenziamento ingiustificato nella sanzione della nullità. Tale norma, l'art. 18 St. lav., segnò un decisivo passo avanti sul piano di una tutela effettiva della stabilità del posto di lavoro che comportò il passaggio da un regime di stabilità 'obbligatoria' ad un regime di stabilità 'reale'⁹⁵. In base all'art. 18 – poi marginalmente modificato dalla L. 11 maggio 1990 n. 108 (art. 1) – allorquando il giudice ritenga il licenziamento non assistito da giusta causa o da

⁹³ VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro II*, Cedam, Padova, 2002, 48 e ss..

⁹⁴ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2008, 297 e ss..

⁹⁵ G. GIUGNI, *Lo Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, 221.

giustificato motivo, deve ordinare la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro senza alcuna possibilità alternativa di tipo risarcitorio, ovvero senza alcuna possibilità di monetizzare la stabilità del rapporto. Oltre alla reintegrazione il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore, risarcimento commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione (e comunque non inferiore a 5 mensilità di retribuzione).

La disciplina dell'art. 18 si applica però soltanto ai datori di lavoro e alle unità produttive che superano determinate soglie occupazionali. L'art. 18 ha esteso il medesimo regime sanzionatorio anche ai licenziamenti per rappresaglia ex art. 4 L. n. 604/66 ed ai licenziamenti inefficaci per vizio di forma⁹⁶.

La L. n. 108 del 1990

Successivamente la L. 11 maggio 1990, n. 108, nel ridisegnare i confini applicativi della stabilità reale e di quella obbligatoria, ha ridotto al minimo i casi di recesso *ad nutum*. Solo per alcune categorie di lavoratori (ad es. domestici e lavoratori in prova) permane un regime di libera recedibilità.

Tale normativa, la l. 108/90, ha altresì allargato il raggio di azione della tutela reale ed ha previsto che, prima della proposizione della domanda giudiziale, sia necessario esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Da tale ricostruzione storica possiamo così enucleare due periodi cronologici diversi contrassegnati, un primo, da una disciplina negoziale del licenziamento individuale con risoluzione stragiudiziale delle controversie (modello a legislazione flessibile e di risoluzione preventiva) ed un secondo periodo caratterizzato da una disciplina legislativa del licenziamento con risoluzione giudiziale delle controversie (modello a legislazione rigida e di risoluzione successiva)⁹⁷.

Possiamo osservare come obiettivo del legislatore del 1990 fu quello di apprestare una qualche tutela a chi fosse ancora del tutto privo, senza

⁹⁶ VALLEBONA, *op. cit.*, 48 e ss., CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 319 e s..

⁹⁷ G. GIUGNI, *op. cit.*, 246.

dimenticare l'esigenza a cui la legge 108 dovette assolvere e cioè evitare la prova referendaria che era stata avanzata al fine di estendere il principio di sindacabilità dei licenziamenti. Il risultato fu 'l'universalizzazione' del principio di sindacabilità dei licenziamenti e l'estensione / rafforzamento della tutela reale⁹⁸.

Il cd. Collegato lavoro la L. n. 183 del 2010

Significative novità sono state infine introdotte dalla recente L. n. 183/2010 (cd. "Collegato lavoro"). Tra esse spicca la previsione di un termine perentorio di duecentosettanta giorni per l'instaurazione del giudizio a seguito dell'impugnazione del licenziamento (art. 32, c. I, L. n. 183/2010), nonché l'obbligo per il giudice di tener conto in sede di valutazione della legittimità del licenziamento delle tipizzazioni della giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, o nei contratti individuali di lavoro, conclusi con l'assistenza delle commissioni di certificazione (art. 30, c. III, L. n. 183/2010). Principio, quest'ultimo, che dovrebbe portare a dover rivalutare l'orientamento giurisprudenziale, finora invalso, in base al quale le tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento operate dalla contrattazione collettiva non possono ritenersi vincolanti, ma solo orientative per il giudicante, fatto salvo il principio del *favor* dettato dall'art. 12 della L. 604/66⁹⁹.

La cd. Legge Fornero, la L. n. 92 del 2012

Con la legge n. 92 del 2012, cd. L. Fornero, vengono introdotte significative novità in materia di licenziamenti, mettendo mano all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e segnando, di fatto, una svolta epocale. Due le novità introdotte che riguardano tutti i licenziamenti, indipendentemente dalle dimensioni

⁹⁸ V. CERRITELLI, A PICCININI, *Il licenziamento individuale, analisi della normativa e guida alla sua applicazione dopo la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Ediesse, Roma, 1991, 320.

⁹⁹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro: il lavoro subordinato*, Torino, 2011, 320.

dell'azienda: la prima consiste nell'obbligo di motivazione contestuale («la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato»), che fa venir meno il meccanismo contenuto nella legge 604/1966 (articolo2) secondo il quale i motivi potevano essere forniti anche in un secondo tempo (entro sette giorni dalla richiesta del lavoratore nei 15 giorni successivi al licenziamento). La seconda novità consiste nell'abbreviazione del termine per depositare il ricorso al giudice dopo l'impugnazione stragiudiziale: non più duecentosettanta giorni, bensì centottanta. A parte questo, l'intervento della riforma si focalizza solo sulle conseguenze sanzionatorie applicabili laddove il giudice riconosca che il licenziamento è privo dei requisiti di legittimità. E ciò per il limitato settore delle imprese alle quali oggi si applica l'articolo 18 dello Statuto: quelle cioè che occupano più di 15 dipendenti nella singola unità produttiva o nell'ambito dello stesso comune, o comunque complessivamente più di 60 dipendenti a livello nazionale. Significativo anche il cambiamento dell'intestazione dell'art. 18 St. Lav. da "reintegrazione nel posto di lavoro" a "tutela del lavoratore in caso di illegittimo licenziamento". Da una sanzione uguale per tutti i casi di licenziamento illegittimo si passa a quattro sanzioni graduate che possono essere ben definite come reintegra forte, reintegra debole, indennizzo forte ed indennizzo debole¹⁰⁰. Con tale modulazione di tutele la reintegrazione è prevista solo come una delle possibili soluzioni in caso di dichiarata illegittimità del licenziamento. Aumenta per certi versi la "discrezionalità" del Giudice nella decisione della controversia che dovrà: a) valutare il licenziamento sotto il profilo sostanziale e non limitarsi a verificare la semplice qualificazione formale attribuita dal datore di lavoro; b) decidere la tutela applicabile con margini di valutazione molto maggiori che in passato¹⁰¹.

¹⁰⁰ Vengono quindi introdotti due tipi di reintegrazioni una forte e una debole e due forme indennitarie una forte ed una debole.

¹⁰¹ Per i datori di lavoro che restano sotto queste soglie dimensionali il sistema sanzionatorio rimane quello attuale: un'indennità risarcitoria che varia da 2,5 a 6 mensilità.

§ b). - Potere del datore di lavoro e controllo giudiziale

Le innovazioni normative indicate incidono anzitutto sul potere direttivo, che è il potere giuridico fondamentale del datore di lavoro. In tale formula possono essere riassuntivamente compresi una serie di poteri (o facoltà) del datore, talora variamente indicati (potere organizzativo, di vigilanza, gerarchico, di conformazione, ecc.), ma in realtà finalizzati nel loro insieme a garantire l'esecuzione e la disciplina del lavoro in vista degli interessi sottesi al rapporto (art. 2104 cod. civ.)¹⁰².

La disciplina cui si è fatto cenno riguarda comunque unicamente i poteri imprenditoriali correlati allo svolgimento e alla disciplina del lavoro (ad es.: potere di modificare mansioni, potere punitivo, ecc.), non, invece, le funzioni manageriali di gestione dell'impresa (ad es.: investimenti o scelte organizzative che incidono solo indirettamente sui lavoratori). Queste restano largamente sottratte alla disciplina legislativa dello Statuto e sono oggetto di parziali interventi soprattutto da parte della contrattazione collettiva¹⁰³.

La natura contrattuale del potere disciplinare

L'art. 2106 cod. civ. stabilisce che l'inosservanza, da parte del prestatore di lavoro, degli obblighi previsti nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione.

L'impostazione tradizionale ha sempre visto nel potere sanzionatorio riconosciuto al datore di lavoro un profilo tipico della subordinazione del prestatore di lavoro. Rilevando tuttavia la sua scarsa conciliabilità con la struttura egualitaria del contratto, la dottrina si è sforzata per lungo tempo di

¹⁰² M. GRANDI, *La determinazione della figura del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1971, 180.

¹⁰³ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2008, 297 e ss. e P.G. ALLEVA, *La disciplina dei licenziamenti, dopo le leggi 108/90 e 223/91*, a cura di F. Carinci, Jovene, Napoli, 1991, I, 15 e ss.. Si noti inoltre il divieto di discriminazione nell'esercizio dei poteri imprenditoriali ai sensi degli artt. 3 e 37 Cost., della -Direttiva n. 2002/73/CE in tema di parità di trattamento e opportunità per uomini e donne sul versante occupazionale, della Diretiva n. 2000/43/CE attinente alle discriminazioni per razza ed origine etnica ed alla Direttiva n. 2000/78/CE con riferimento alla religione, convinzioni personali, handicap, età e tendenze sessuali.

superare o attutire il contrasto. Si è così saldato il potere disciplinare con il diritto comune, riconducendolo all'area delle cd. pene private convenzionali¹⁰⁴ quale la clausola penale ex artt. 1382 ss. cod. civ.. Un diverso orientamento ha invece negato la sua matrice contrattuale e ne ha individuato la fonte direttamente nell'organizzazione del lavoro¹⁰⁵ ovvero nella contrattazione collettiva¹⁰⁶.

L'emanazione dell'art. 7 dello Statuto favorisce più coerenti soluzioni sistematiche. Da una parte, il potere disciplinare e i suoi connaturali limiti sostanziali – rilevanza dell'inadempimento e proporzionalità fra infrazione e sanzione – vengono ricondotti alla funzione organizzatoria del contratto di lavoro¹⁰⁷. Dall'altra parte, i limiti introdotti dallo Statuto dei lavoratori spogliano il potere disciplinare – come quello direttivo – “di quell'immediatezza che nel codice lo caratterizzavano come potere autocratico” e lo assoggettano “a forme di esercizio e di controllo dirette a garantire la posizione contrattuale del lavoratore”, con ciò stesso rendendolo compatibile con la logica egualitaria del contratto¹⁰⁸.

La matrice contrattuale del potere è stata infine estesa al settore pubblico con la c.d. privatizzazione, anche se attraverso norme speciali¹⁰⁹.

I requisiti sostanziali

Presupposto sostanziale del potere disciplinare è anzitutto la sussistenza del fatto addebitato. Giova rammentarlo per sottolineare come spetti al datore di lavoro di provarlo, conformemente del resto alle regole generali in materia di

¹⁰⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 35. ed., Napoli, E. Jovene, 1987, 202 e ss..

¹⁰⁵ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957, 1 e ss..

¹⁰⁶ C. ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, 32 e ss..

¹⁰⁷ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966, 43 e ss..

¹⁰⁸ LUIGI MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973, 162 e ss..

¹⁰⁹ R. SCONAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2005, 215 e CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2008, 297 e ss..

distribuzione dell'onere della prova (art. 2967 cod. civ.). Sul lavoratore grava invece l'onere di provare l'eventuale riconducibilità del fatto addebitato ad una situazione di impossibilità non imputabile, secondo i principi generali in materia di responsabilità contrattuale (artt. 1176 e 1218 cod. civ.).

Ulteriore presupposto necessario di esercizio del potere disciplinare, che continua ad avere la sua testuale consacrazione nell'art. 2106 cod. civ., è la *proporzionalità* tra infrazione e sanzione.

Il compito di specificazione della proporzionalità è tradizionalmente svolto, in conformità all'indicazione contenuta nello stesso art. 2106 cod. civ., dalla contrattazione collettiva. Le valutazioni di questa sono esse pure subordinate alla regola codicistica della proporzionalità e quindi, in caso di contestazione, suscettibili di controllo ad opera del giudice¹¹⁰.

La giurisprudenza è stata concorde nel ritenere che il giudice possa valutare in concreto la sussistenza del requisito della proporzionalità, nonostante la previsione nei contratti collettivi di specifiche ipotesi di infrazioni e delle relative sanzioni, ciò almeno sino all'emanazione della L. 183/2010 (cd. 'Collegato lavoro'), dal quale potrebbe scaturire un controllo da parte del giudice del lavoro mitigato dalla volontà del legislatore che all'art. 30, c. III, 'suggerisce' che: "Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente piu' rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione".

È invece controverso se nel potere di controllo giudiziale rientri quello di sostituire la sanzione adottata dal datore di lavoro con la sanzione adeguata, ovvero se il giudice debba limitarsi a dichiararne l'illegittimità. Siccome il difetto

¹¹⁰ v. fra le tante, Cass., 16 febbraio 1998, n. 1604, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 343; Cass., 11 gennaio 1993, n. 215, in *Riv. Crit. dir. Lav.*, 1994, II, 221. Nel senso invece che il giudice è vincolato alla valutazione contrattuale, Cass., 8 aprile 1991, n. 3681, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 406.

di adeguatezza integra la carenza di un presupposto del provvedimento sanzionatorio e comporta conseguentemente la nullità della sanzione, sembra lecito ritenere che un siffatto potere sostitutivo possa riconoscersi al giudice esclusivamente su puntuale domanda di parte, *ex art. 1424 cod. civ.* (esso pure, come noto, applicabile agli atti unilaterali *ex art. 1324 cod. civ.*), che prevede la conversione del contratto nullo in un contratto diverso “qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”¹¹¹.

Sulla relazione di proporzionalità influisce correntemente, nei termini di un aggravamento della sanzione, l'eventuale *recidiva*, vale a dire la circostanza che una determinata infrazione sia già stata sanzionata. L'ultimo comma dell'art. 7 St. lav. stabilisce tuttavia che “non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione”, circoscrivendo così il possibile utilizzo dell'aggravante entro precisi ed inderogabili limiti temporali¹¹².

I requisiti “procedimentali”

I requisiti introdotti dall'art. 7 St. lav. sono comunemente definiti “procedimentali”. Occorre però avvertire che essi, al pari dei requisiti “sostanziali”, sono presupposti del potere disciplinare. La loro assenza si traduce perciò nella inesistenza del potere e conseguentemente nella nullità della sanzione.

Nessun provvedimento disciplinare può essere adottato nei confronti del lavoratore senza che gli sia stato preventivamente contestato l'addebito e senza che sia stato sentito a sua difesa. In particolare la procedura di contestazione che secondo la giurisprudenza deve rispettare il *principio di immediatezza*¹¹³

¹¹¹ Cfr. fra le altre, Cass., 9 settembre 1988, n. 5118, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, 358; in senso negativo, per l'insussistenza di un potere sostitutivo del giudice, Cass. 25 maggio 1995, n. 5753, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 601.

¹¹² CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2008, 218 e ss..

¹¹³ Cass. 15 ottobre 1998, n. 10204, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2091; Cass. 23 giugno 1999, n. 6408, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1474.

deve essere tale da consentire al lavoratore un'effettiva difesa, la quale potrà essere assicurata anche a mezzo di rappresentanti sindacali.

L'addebito contestato deve quindi rispettare i requisiti dell'immediatezza e specificità. Tra conoscenza del fatto e sua contestazione non può dunque trascorrere più del tempo ragionevolmente necessario al datore di lavoro per fare un minimo di accertamenti ed assumere la decisione di dare inizio al procedimento disciplinare¹¹⁴. L'ampiezza di siffatto intervallo temporale è variabile in dipendenza del tipo di addebito nonché della struttura organizzativa in cui il lavoratore è inserito¹¹⁵.

In caso di illecito disciplinare permanente, peraltro, il requisito dell'immediatezza va valutato con riferimento al momento di esaurimento della condotta¹¹⁶, mentre è illegittima la contestazione pervenuta a considerevole distanza di tempo, quando il datore attenda gli esiti dell'accertamento svolto in sede penale sui medesimi fatti oggetto di contestazione¹¹⁷.

Sotto il profilo della specificità la contestazione è ritenuta congrua allorché appare concretamente idonea a realizzare il risultato perseguito dalla norma, cioè a consentire una puntuale difesa da parte del lavoratore. La contestazione deve insomma individuare i fatti addebitati con sufficiente precisione, sia pure sinteticamente, per modo che non residui incertezza circa l'ambito dei fatti su cui il lavoratore è chiamato a rendere le giustificazioni¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. Cass. 7 dicembre 1982, n. 6691, in *Mass. giur. lav.*, 1983, 33; Cass., 21 dicembre 1991, n. 13829, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3083; Cass., 10 novembre 1997, n. 11095, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2127.

¹¹⁵ Cass., 25 agosto 1993, n. 8956, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 213.

¹¹⁶ Trib. Vercelli, 28 maggio 1983, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2626.

¹¹⁷ Cass., 10 dicembre 1998, n. 12452, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 618.

¹¹⁸ Cass., 23 gennaio 1998, n. 624, in *Notiziario giur. lav.*, 1998, 168; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2238, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 458; Cass., 27 gennaio 1993, n. 1000, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 219; Cass., 9 novembre 1985, n. 5484, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 11; Trib. Firenze, 18 luglio 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 326.

Logico corollario della specificità della contestazione è poi la sua immutabilità, che risponde ai medesimi principi di garanzia del contraddittorio¹¹⁹. È quindi precluso al datore di lavoro di far valere a sostegno delle sue determinazioni disciplinari, circostanze nuove di tale natura da implicare una valutazione di maggiore gravità¹²⁰.

La recidiva deve essere contestata solo se concorre ad integrare l'infrazione: si pensi ad es., all'ipotesi del ritardo che solo se reiterato diviene sanzionabile. La recidiva non deve essere invece contestata quando è assunta semplicemente come criterio di determinazione dell'entità della sanzione, giacché allora non costituisce un aspetto del fatto addebitato¹²¹.

Il datore di lavoro è tenuto a sentire oralmente il lavoratore se ne fa richiesta, ma può ricevere le sue eventuali giustificazioni scritte senza onere di invitarlo a svolgere difese orali¹²².

In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa" (art. 7, V comma, St. lav.). Secondo l'opinione più aderente alla lettera della norma, il datore di lavoro avrebbe sempre dovuto attendere cinque giorni, indipendentemente dal momento in cui il lavoratore avesse presentato le sue giustificazioni. Si osserva in proposito che il periodo di attesa era finalizzato a favorire una pausa di

¹¹⁹ Cfr. Cass., 6 giugno 2000, n. 7617, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 79; Cass., 16 luglio 1998, n. 6988, in *Orient. giur. lav.*, 1998, I, 919; Cass., 2 marzo 1995, n. 2414, in *Giust. civ.*, 1995, I, 3303; Cass., 25 agosto 1993, n. 8956, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 213, ove si ritiene non violato il canone dell'immutabilità per una mera divergenza tra i fatti contestati e quelli che sorreggono il provvedimento disciplinare, se ciò non comporta una lesione del diritto di difesa del lavoratore.

¹²⁰ Cass. 16 luglio 1998, n. 6988, in *Orient. giur. lav.*, 1998, I, 919.

¹²¹ Cass., 23 dicembre 2002, n. 18294, in *Notiziario giur. lav.*, 2003, 363; Cass., 18 dicembre 1995, n. 1747, in *Orient. giur. lav.*, 1995, 408; Cass., 28 marzo 1992, n. 3843, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 3.

¹²² Cfr. Cass., 7 gennaio 1998, n. 67, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 543; Cass., 11 giugno 1996, n. 5366, in *Notiziario giur. lav.*, 1996, 561; Cass., 16 gennaio 1992, n. 467, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 316; Cass., 21 gennaio 1988, n. 463, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 756; Trib. Napoli, 3 ottobre 1990, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2485.

riflessione per lo stesso datore di lavoro, scongiurando decisioni “a caldo”, e che comunque il lavoratore doveva essere in condizioni di poter integrare le proprie difese per tutto quel periodo¹²³.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno tuttavia avallato l'orientamento contrario, secondo cui la statuizione è preordinata a consentire le difese del lavoratore e quindi l'attesa non si giustifica più allorché esse sono state presentate¹²⁴, anche se il contrasto giurisprudenziale pare ancora lontano dal dirsi sopito¹²⁵.

Effetti sui requisiti procedurali da parte della riforma Fornero.

Viene quindi da domandarsi cosa succederà a seguito della riforma Fornero se il licenziamento disciplinare viene intimato dopo la scadenza del termine previsto dal contratto collettivo? Il nuovo comma 6 dell'articolo 18 prevede una specifica sanzione per il caso di licenziamento inefficace per violazione della procedura di cui all'articolo 7 dello Statuto dei - lavoratori. Alcuni contratti collettivi, tuttavia, contengono specifiche previsioni in materia di procedimento disciplinare, stabilendo anche un termine finale per l'adozione del provvedimento sanzionatorio. La violazione delle disposizioni contrattuali collettive non rientra espressamente tra le fattispecie indicate nel comma 6 dell'articolo 18. Pertanto in questo caso o si ritiene possibile il ricorso ad un'interpretazione estensiva e/o analogica della norma (in effetti, potrebbe apparire incongruo sanzionare la violazione di una disposizione del contratto collettivo più gravemente di quella di una norma di legge, qual è l'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori), oppure si dovrà ricondurre la fattispecie in esame alle "altre ipotesi" indicate nel comma

¹²³ Cass., 24 aprile 1991, n. 4484, in *Notiziario giur. lav.*, 1991, 481; Cass., 21 giugno 1988, n. 4240, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 670.

¹²⁴ Cass., S.U., 26 aprile 1994, n. 3965, in *Foro it.*, 1994, I, 1708, 2707; in senso conforme Cass., 28 marzo 1996, n. 2791, in *Riv. critica dir. lav.*, 1996, 981; Trib. Milano, 23 maggio 2000, in *Lavoro nella giur.*, (II), 2000, 1173.

¹²⁵ Ripropone infatti la necessaria attesa dei cinque giorni, a prescindere dalle intervenute giustificazioni del lavoratore, Cass., 22 aprile 1997, n. 3498, in *Orient. giur. lav.*, 1997, 425 e da ultimo Cass., 7 settembre 2000, n. 11806, in *Foro it.*, 2000, I, 3472, con riferimento a termine previsto da contratto collettivo.

5 dell'articolo 18, con applicazione del regime sanzionatorio qui previsto, e che si differenzia da quello del comma 6 per la maggior entità dell'indennità e per i diversi criteri per la sua determinazione. Un'ulteriore possibile complicazione è data dal fatto che alcuni contratti collettivi stabiliscono che, ove il provvedimento non sia adottato entro un certo termine, si intendono accolte le giustificazioni presentate dal lavoratore. In tal caso, qualora il lavoratore abbia negato di aver commesso il fatto a lui addebitato, si potrebbe addirittura sostenere che il giudice debba ritenerlo insussistente e, conseguentemente, applicare il regime sanzionatorio previsto dal nuovo comma 4 dell'articolo 18: la reintegrazione del lavoratore e la condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettivo rientro, con un "massimale" pari a 12 mensilità.

La motivazione del licenziamento

L'art. 7 St. Lav. – antecedente alla riforma Fornero – non prevedeva alcun obbligo in capo al datore di motivare il provvedimento disciplinare in concreto adottato rispetto alle difese avanzate dal dipendente. La giurisprudenza aveva così ritenuto che il processo di formazione della volontà del datore non avesse giuridica rilevanza, escludendo che egli dovesse render noti i motivi¹²⁶ per cui non erano state accolte le argomentazioni addotte a propria discolta da parte del lavoratore. Con l'ovvia conseguenza che l'eventuale controllo in ordine alla loro valutazione ad opera del datore poteva espletarsi solo in sede giudiziaria¹²⁷. Qualora invece il codice disciplinare (o il contratto collettivo) prevedeva

¹²⁶ La comunicazione dei motivi (art. 2, II comma, l. n. 604 del 1966 privo di riferimento ai dirigenti) è strumentale alla regola dell'immodificabilità delle ragioni poste a fondamento del licenziamento. La *ratio* comune si riflette anche nell'orientamento che nega l'applicazione del termine d'impugnazione (*recte*: di contestazione) di sessanta giorni alle ipotesi del licenziamento non intimato per iscritto o di cui non siano stati comunicati, sempre per iscritto, i motivi.

¹²⁷ Pret. Torino, 7 gennaio 1984, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 655 che ritiene non sufficiente una motivazione *per relationem*, ossia attuata mediante richiamo a quanto specificato nella lettera di contestazione degli addebiti, v. anche Cass. 20 marzo 1991, n. 2963, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 251.

l'obbligo del datore di motivare la sanzione, la sua inosservanza, realizzando una violazione di una forma convenzionale, comportava la nullità del provvedimento disciplinare¹²⁸.

La riforma Fornero non tocca in alcun modo le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, così come definite, rispettivamente, dall'articolo 2119 del Codice civile e dall'articolo 3 della legge n. 604/66.

Resta, ugualmente, ferma la necessità della -preventiva contestazione dell'addebito al lavoratore e della concessione di un termine a difesa non inferiore a cinque giorni secondo quanto prescritto dall'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori. Cambiano però le regole sulla decorrenza degli effetti del licenziamento e sulle sanzioni.

Si può quindi affermare che la disciplina vigente stabilisce che il recesso dal contratto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro debba essere sempre sorretto da un motivo, eccezion fatta per le ipotesi residuali di libera recedibilità.

L'applicazione della disciplina generale o residuale al lavoratore si determina in funzione del tipo di contratto, della qualifica ricoperta e dell'attività svolta. Sarà così soggetto alla normativa del recesso *ad nutum* il lavoratore in prova, il dirigente ed il domestico, mentre l'impiegato o l'operaio unito all'impresa da un contratto a tempo indeterminato non potrà essere licenziato se non in forza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo.

A ben vedere è tuttavia errato sostenere che nella fattispecie del recesso *ad nutum* il provvedimento del datore di lavoro non debba essere giustificato come vedremo oltre quando esamineremo ad esempio l'ipotesi più studiata dalla dottrina ed oggetto di dispute giurisprudenziali: il licenziamento del dirigente.

Tipizzazioni contrattuali

Sovente i contratti collettivi provvedono ad elencare i fatti definibili in concreto come giusta causa e giustificato motivo soggettivo. Dottrina e giurisprudenza – fino all'emanazione del cd. 'Collegato lavoro' – erano orientate a negare la

¹²⁸ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2008, 293 e s..

vincolatività di tali elencazioni che, per quanto provviste di una qualche attendibilità in ragione della loro provenienza dalle parti sociali¹²⁹, non esimevano il giudice dall'indagare sulla reale entità e gravità della mancanza, nel caso specifico, ai fini della eventuale prosecuzione del rapporto: un addebito, pur qualificato come giusta causa dal contratto collettivo, poteva non esserlo in concreto, tenuto conto delle più diverse circostanze di fatto o perché la previsione contrattuale aveva violato l'art. 2119 cod. civ. trascurando gli estremi di gravità da questo fissati (ad es. previsione come giusta causa di una lieve insubordinazione)¹³⁰; viceversa, altro fatto poteva essere considerato come giusta causa dal giudice alla stregua dell'art. 2119 cod. civ. pur se non risultava ricompreso tra quelli espressamente contemplati nel contratto collettivo, restando in definitiva sovrana la prudente valutazione del magistrato e conservando il disposto contrattuale una portata indicativa¹³¹. In definitiva come affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità il giudice di merito era tenuto a conformarsi ad ulteriori standards valutativi - senza fondarsi su vaghi criteri morali o politici - rinvenibili nella specifica disciplina, anche di fonte negoziale, del rapporto, nonché nell'insieme dei principi giuridici puntualizzati dalla giurisprudenza di legittimità oltre che emergenti dalla coscienza sociale¹³². Si era altresì ritenuto che la previsione negoziale che ricollegasse ad un determinato fatto solo una sanzione conservativa o consentisse il licenziamento solo in presenza di precise circostanze vincolasse il giudice in quanto, anche nel caso di contrasto con la nozione legale di giusta causa o di giustificato motivo,

¹²⁹ Secondo Cass. 30 gennaio 1981, n. 713, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 1., l'elencazione dei contratti collettivi 'non può essere svalutata ai fini di una dichiarazione generica della gravità dell'inadempienza'; cfr. da ultimo, Cass., 10 dicembre 2002, n. 17562, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2161; Cass., 26 maggio 2000, n. 6900, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1113; Cass., 21 maggio 1998, n. 5103, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1100.

¹³⁰ Cass., 23 aprile 1990, n. 3357, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II,902.

¹³¹ Cass., 14 giugno 2000, n. 8139, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1303.

¹³² Cass. 04 dicembre 2002, n. 17208, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2116; Cass. 22.10.1998, n. 10514, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2156.

costituiva una disposizione di maggior favore fatta espressamente salva dall'art. 12 della L. n. 604/66.

Sul punto è intervenuto espressamente l'art. 30, c. III, della L. n. 183/2010 che ha disposto che il giudice nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento deve tener conto delle tipizzazioni della giusta causa e del giustificato motivo presenti nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o nei contratti individuali certificati avanti ad una delle commissioni previste dalla legge¹³³, il che comporterà un ridotto potere di controllo da parte dei giudici sull'operato del datore di lavoro.

§ c). - Norme elastiche in materia di licenziamento

Dai codici dell'ottocento (dal Code civil al BGB) fino alle colonne del nostro codice (del 1942) è tutto un susseguirsi di norme elastiche. Quali esempi di "clausole generali"¹³⁴ si sogliono portare, la giusta causa o il giustificato motivo da porre a base del licenziamento, la buona fede, il buon costume, la causalità, la non scarsa rilevanza dell'inadempimento, la concorrenza sleale, lo stato di necessità, ecc.. I concetti giuridici indeterminati, in sostanza, garantiscono la flessibilità dell'ordinamento giuridico, sia nel senso dell'adattabilità alle circostanze del caso concreto da decidere, sia nel senso del mantenimento di una sua attualità pur nel trascorrere del tempo.

La qualifica di norma elastica, in particolare¹³⁵, non viene riferita ad «ogni disposizione contenente un'espressione di significato non preciso o comunque tale da non poter essere interpretata con un semplice procedimento logico di sussunzione», quanto piuttosto esclusivamente a quelle norme «con cui il

¹³³ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 326 e s..

¹³⁴ Sul tema si veda M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro It.*, 1999, parte I, c. 1912.

¹³⁵ Cfr. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro It.*, 1999, parte I, c. 1891.

legislatore delega al giudice una scelta assiologica» richiamando il loro «contenuto elastico [...] giudizi di valore in sede applicativa»¹³⁶.

Elasticità della giusta causa

L'art. 2119 cod. civ. autorizza ciascuna delle parti a recedere per giusta causa dal contratto "qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto". La giurisprudenza, dal canto suo, evitando di delineare rigidi confini in ordine alla rilevanza di comportamenti estranei alla sfera contrattuale, insiste sulla necessità di una valutazione complessiva ed in concreto delle singole fattispecie. Ai fini della sussistenza della giusta causa – si sostiene – che non è sufficiente una valutazione in astratto, ma occorre verificare se – tenuto conto della natura e qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, delle mansioni espletate, del particolare grado di fiducia connesso alla struttura dell'impresa o alla qualifica rivestita nonché della intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo – la mancanza commessa, per le sue modalità soggettive e oggettive, si riveli talmente grave da non consentire la prosecuzione del rapporto¹³⁷. In questo giudizio valutativo trova applicazione un criterio di sussidiarietà, per effetto del quale il recesso per giusta causa viene legittimato soltanto nelle ipotesi in cui il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o le minori sanzioni disciplinari risultino inadeguate¹³⁸. Ne consegue che il giudizio circa la gravità delle infrazioni

¹³⁶ Afferma la Suprema Corte che "l'art. 2119 c.c., tipica "norma elastica" contenente la nozione di "giusta causa" del licenziamento, la cui operatività in concreta deve necessariamente rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale (a cominciare dai principi costituzionali) e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la concreta fattispecie si colloca (Cass. 04 dicembre 2002, n. 17208, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2116).

¹³⁷ Cass., 7 gennaio 2003, n. 28, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12; Cass., 27 settembre 2002, n. 14041, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1740; Cass., 24 giugno 2000, n. 8631, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1397; Cass., 23 giugno 2000, n. 8568, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1388; Cass., 2 giugno 2000, n. 7394, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1205; Cass., 14 luglio 1989, n. 3330, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 7; Cass., 22 ottobre 1993, n. 10503, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1501; A conferma dell'elasticità del concetto di giusta causa Cass., 25 maggio 1995, n. 5742, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1062, confrontata con Cass. 25 maggio 1995, n. 5753, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 153 ss..

¹³⁸ Cass. 27 gennaio 2004, n. 1475, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1; Cass., 23 giugno 1998, n. 6216, in *Orient. giur. lav.*, 1998, I, 669.

commesse dal lavoratore subordinato e la loro attitudine a costituire giusta causa di licenziamento implica un accertamento di fatto demandato al giudice di merito, la cui valutazione è incensurabile in Cassazione se priva di errori logici o giuridici¹³⁹.

La giusta causa ed i comportamenti 'esterni' al rapporto

Parte della dottrina¹⁴⁰ e della giurisprudenza¹⁴¹ ravvisa la giusta causa non soltanto in un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali, ma anche in qualsiasi altra circostanza o situazione esterna al rapporto di lavoro, verificatasi nella sfera del lavoratore ed idonea a ledere il vincolo di fiducia tra le parti e perciò ad impedire la prosecuzione del rapporto.

Da altri la giusta causa viene identificata esclusivamente con un vistoso inadempimento degli obblighi contrattuali, imputabile a colpa o dolo del prestatore, a nulla rilevando fatti 'esterni' al rapporto ed in particolare comportamenti che rientrano nella vita privata del dipendente o che attengono ai rapporti personali con il datore di lavoro.

La prima tesi viene tra l'altro supportata con argomenti testuali. Un primo argomento è che l'art. 9 della legge sull'impiego privato (R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825) – antesignano dell'art. 2119 cod. civ. – alludeva ad una 'mancanza così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto', mentre il codice civile del 1942, pur ripetendo l'antica formula, ha sostituito il termine 'mancanza' con quello più ampio e neutro di 'causa': il passaggio dalla mera 'mancanza' – che evoca in maniera esaustiva il concetto di inadempimento – alla generica nozione di 'causa', accrediterebbe appunto l'attuale maggiore ampiezza delle ragioni legittimanti il licenziamento in tronco. Analogamente si argomenta a contrario dall'art. 3 della L. n. 604/1966 che – a

¹³⁹ Cass., 22 giugno 2009, n. 14586, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, 959.

¹⁴⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 13. ed., Napoli, E. Jovene, 1961, 192 e s..

¹⁴¹ Cass. 19 dicembre 2000, n. 15919, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2618; Cass. 7 novembre 2000, n. 14466, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2269; Cass. 4 settembre 1999, n. 9354, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 346.

differenza della definizione di giusta causa contenuta nell'art. 2119 cod. civ. – fa espressamente riferimento all' 'inadempimento' contrattuale per individuare il 'giustificato motivo soggettivo'.

In effetti, almeno in determinate ipotesi, fatti o comportamenti apparentemente estranei alla sfera contrattuale e magari attinenti alla vita privata del lavoratore possono compromettere l'elemento fiduciario e quindi essere invocati ai fini della ricorrenza della giusta causa¹⁴².

Basti pensare alla guardia giurata che viene sorpresa a rubare al di fuori del rapporto di lavoro, o alla lavoratrice, addetta ad un supermercato, condannata per il reato di furto commesso dalla medesima in altro supermercato¹⁴³ o al cassiere di banca che commette un reato contro il patrimonio (ad es. appropriazione indebita) in danno di terzi ovvero che sia imputato di consumo di spaccio di droga¹⁴⁴. A ben vedere, però, in questi ed in altri consimili casi il fatto o comportamento 'esterno' ha rilievo in quanto finisce con l'incidere sulla aspettativa e sulla probabilità di un esatto adempimento, per il futuro, della obbligazione lavorativa. Non basta, dunque, che sia pregiudicato un generico rapporto fiduciario o che sia messa in discussione la compatibilità personale tra datore e prestatore di lavoro, ma occorre che venga meno la fiducia nella puntualità dei successivi adempimenti, elemento generalmente rilevante in tutti i contratti di durata (v. ad es. l'art. 1564 cod. civ. sulla risoluzione del contratto di somministrazione). Poiché quindi la 'dipendenza' del lavoratore non comporta un vincolo che investe l'intera persona del prestatore, questi non può essere sanzionato per circostanze estranee all'adempimento contrattuale e magari attinenti alla sfera personale o alla vita privata (visto anche il generale divieto di cui all'art. 8 St. lav.), salvo che tali circostanze non si ripercuotano sulla aspettativa di adempimento e salvo che, per la natura della prestazione (si pensi ad es. a coloro che identificano e promuovono l'immagine dell'impresa),

¹⁴² Cass., 14 luglio 2001, n. 9590, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 798.

¹⁴³ Cass., 22 ottobre 1993, n. 10505, in *Arch. civ.*, 1994, 292; Cass. 3 ottobre 1988, n. 5321, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 1071.

¹⁴⁴ Cass., 19 giugno 1987, n. 5428, in *Notiziario giur. lav.*, 1987, 615.

entrino nella causa o nell'oggetto del contratto attitudini anche soggettive e personali del lavoratore ovvero un certo grado di compatibilità personale.

Per ricordare, a conferma di quanto detto, una fattispecie che ha frequentemente interessato la giurisprudenza, le ingiurie o le offese profferite dal lavoratore nei confronti del datore o di suoi rappresentanti hanno rilievo soltanto sul piano penale e non sul versante del rapporto di lavoro, se attengano solo alla sfera dei rapporti civili e sociali. Se, invece, per le circostanze in cui le offese sono profferite in azienda, innanzi a compagni di lavoro, in risposta ad un ordine impartito, ecc., v'è motivo di ritenere che esse implicino altresì un rifiuto attuale o potenziale di adempiere le direttive datoriali ovvero il venire meno, anche solo potenziale, di un atteggiamento disciplinato sul piano dello svolgimento del rapporto di lavoro. Un simile comportamento irrispettoso assume rilevanza ai fini della fiducia nel puntuale adempimento degli obblighi lavorativi¹⁴⁵.

L'interpretazione della legge in connessione alle particolarità del caso concreto

L'analisi giurisprudenziale riportata dimostra che la giusta causa ed il giustificato motivo rappresentano parametri certamente elastici e malleabili. Tuttavia, afferma Nogler, grazie al modo in cui sono enunciati e al contesto sistematico (dogmatico) in cui devono essere inseriti, essi non possono, ed invero non vengono, intesi alla stregua di pure formule procedurali che rinviano al giudice il bilanciamento in concreto degli interessi contrapposti¹⁴⁶.

Malgrado le sempre più ricorrenti denunce sull'incertezza giuridica provocata dai mutevoli orientamenti giurisprudenziali – segno di una cultura giuridica che stenta ancora a ragionare, anche dal punto di vista dei vincoli per lo meno argomentativi, nei termini del diritto vivente – si assiste ad un *trend* che qualifica

¹⁴⁵ Cass., 24 maggio 2001, n. 7091, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 792.

¹⁴⁶ M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, 58; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato: ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, Padova, Cedam, 2005, 3 e ss.; *contra*, AMOS ANDREONI, *op. cit.*, Torino, G. Giappichelli, 2006, 107 e s..

le «causali» di licenziamento come clausole generali. A tale scopo è, in realtà, sufficiente il ricorso – nella nostra ipotesi più appropriato – al concetto di norma elastica. In sostanza, si postula l'esistenza di «specificazioni del parametro normativo», si attribuisce loro una natura giuridica e si conclude nel senso che possono essere utilizzate come parametro dell'*error in iudicando*¹⁴⁷. Ragionando in tal modo, si parte dall'inconfessato presupposto che le «specificazioni del parametro normativo» o gli «standards valutativi esistenti nella realtà sociale»¹⁴⁸ siano esterni ed indipendenti dalla disposizione legislativa presa in considerazione (art. 2119 c.c.), che assume al più la funzione di rendere possibile un bilanciamento *giudiziale* di principi (costituzionali)¹⁴⁹. Ad es., nel caso di specie giudicato da Cass. n. 3645/1999¹⁵⁰, il giudice di merito, nel valutare legittimo il licenziamento di un impiegato di banca per l'uso di sostanze stupefacenti, aveva dato, secondo la Cassazione, erroneamente la prevalenza all'interesse datoriale all'espulsione del lavoratore dall'ambiente di lavoro (art. 41 Cost.), omettendo di prendere in considerazione la «specificazione del parametro normativo» costituita dal rispetto del diritto del lavoratore a reinserirsi nell'ambiente stesso (art. 4 Cost.). Ma allo stesso risultato della censurabilità della sentenza di merito si poteva giungere mantenendosi nell'ambito delle possibilità interpretative del criterio di bilanciamento contenuto nell'art. 2119 c.c. e, quindi, rispettivamente: (a) se si riteneva di dover prender le mosse dal classico richiamo alla fiducia, si poteva chiarire che quest'ultima riguarda solo i fatti rilevanti ai fini dell'idoneità professionale del lavoratore; (b) se, invece, come dovrebbe essere, si prescinde dalla fiducia, si poteva porre la questione dal punto di vista della

¹⁴⁷ Cass., 21 novembre 2000 n. 15004, in *Notiziario giur. Lav.*, 2001, 213.

¹⁴⁸ Cass., 18 gennaio 1999 n. 434, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 441.

¹⁴⁹ nel senso del bilanciamento tra gli artt. 4 e 41: Cost. Cass., 02 novembre 2005 n. 21213, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10; Cass., 04 dicembre 2002 n. 17208, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2116.

¹⁵⁰ Cass., 13 aprile 1999, n. 3645, in *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 1999, 657.

puntualizzazione interpretativa del notevolissimo¹⁵¹, oppure, secondo un'altra variabile, del solo notevole¹⁵², inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore. Il ragionamento avrebbe potuto continuare specificando, da un lato, che il lavoratore non ha un obbligo di mantenere nella vita privata una condotta rispondente ad un certo standard di moralità (e tanto meno quella imposta dal datore di lavoro) e, dall'altro, che obblighi di protezione ulteriori rispetto a quelli regolati dall'art. 2105 c.c. possono nascere solo in connessione ad ipotesi particolari di lavoro.

La Cassazione scopre, in realtà, il dato (innegabile alla luce della nota teoria del circolo ermeneutico di Gadamer) che l'interpretazione della legge necessita di essere condotta in connessione alle particolarità del caso concreto¹⁵³. Sicché già in sede interpretativa vi è spesso la necessità di entrare nel merito del caso di specie, peraltro al sol fine di puntualizzare la fattispecie legislativa ovvero di individuare il criterio o la regola di giudizio (per usare il linguaggio della Cassazione: «i canoni generali e astratti»).

Ciò comporta – prosegue Noegler – l'opportunità di ridisegnare l'ambito del sindacato di legittimità a scapito di quello di incensurabilità del giudizio di merito che si riferisce alla riconduzione del caso nell'ambito della regola (astratta) di giudizio. Ma tutto ciò non determina la necessità di partire sempre dal presupposto che la norma di riferimento assegni «un notevole ambito di discrezionalità» al giudice¹⁵⁴ rimuovendo il vincolo di legge che riguarda, non

¹⁵¹ G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1980, 63; FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1985, 309.

¹⁵² M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, F. Angeli, 1980, 141 e ss..

¹⁵³ Cfr. Cass., 15 aprile 2005 n. 7838, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4, secondo cui la soluzione del singolo caso partecipa al processo interpretativo «nella misura in cui da essa sia possibile estrarre una puntualizzazione della norma».

¹⁵⁴ Cass., 02 novembre 2005 n. 21213, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10, secondo cui «Nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica, il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa, per cui dà concretezza a quella parte mobile della disposizione che il legislatore ha voluto tale onde adeguarla ad un determinato contesto storico»; sulla qualificazione come norma elastica v. anche, tra le molte, Cass., 13 maggio 2005 n. 10058, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5.

solo l'enunciato linguistico della disposizione, ma anche il controllo sistematico imposto dal principio kantiano di universalizzazione («l'esigenza di giustizia, che vuole un trattamento uguale dei casi oggettivamente uguali»), il quale impone che la soluzione valutativa ipotizzata passi al vaglio della dimostrazione della capacità, pur in presenza della regola considerata, di tenere insieme tutto il complesso sistematico¹⁵⁵. Il senso d'arbitrio, evocato dalle stesse belle formule della «civiltà del lavoro» o della «coscienza generale», conclude Noegler, è proprio figlio della manchevole analisi dogmatica degli ambiti di riferimento dei dati normativi che viene avallata con il criticabile uso troppo disinvolto del concetto di clausola generale¹⁵⁶.

Standard valutativi della realtà sociale e principi generali: il diritto vivente

In Italia, il dibattito sulle clausole generali ha conosciuto stagioni di straordinario approfondimento negli anni sessanta e, più di recente, alla fine degli anni novanta¹⁵⁷.

Nell'ultimo decennio, l'asse dell'attenzione si è spostata dal diritto interno al diritto comunitario a causa del consolidarsi di una pluralità di ordinamenti e di sistemi (da quello comunitario al sistema Cedu) che si intrecciano e si sovrappongono con i sistemi nazionali. Il pluralismo delle fonti (anche di origine non statutale) ed il pluralismo culturale e sociale che è sotteso alle norme elastiche ha sempre suscitato dei timori (sotto il profilo della gerarchia delle fonti). Da qui la necessità di porre al centro della riflessione il tema del controllo sulla argomentazione giuridica.

Il sindacato giudiziale conduce a censurare le valutazioni tecniche che appaiono senz'altro inattendibili, attraverso un controllo di *ragionevolezza* e coerenza tecnica del provvedimento datoriale.

¹⁵⁵ Cfr. LUIGI MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, 33.

¹⁵⁶ L. NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss..

¹⁵⁷ P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, Cedam, Padova, 1998, 29.

La prima, è certamente una funzione di limite. In sistemi a costituzione rigida (come la nostra) c'è un limite alla possibilità di assumere nell'ordinamento giuridico ciò che è ritenuto socialmente tipico: il dato non deve confliggere con i principi, in primo luogo con quelli di natura costituzionale¹⁵⁸.

Il problema si pone, però, quando due principi, di rango costituzionale, entrano in conflitto fra di loro (si pensi alla libertà d'impresa, tutelata dall'art. 41 Cost., con l'interesse del lavoratore, tutelato dall'art. 4 Cost.). In questi casi, com'è noto, occorre effettuare un bilanciamento tra i principi istituendo tra i due principi in conflitto una gerarchia assiologica mobile¹⁵⁹. Una gerarchia assiologica «consiste nell'accordare ad uno dei due principi confliggenti un maggior peso, ossia un maggior valore, rispetto all'altro; [...] in questo contesto bilanciare non significa contemperare, conciliare [...]. Il bilanciamento consiste piuttosto nel sacrificare o scartare un principio, applicando l'altro».

Molto si è scritto per esempio sul limite evocato dal II comma del'art. 41 Cost. che in passato veniva richiamato anche per imporre 'la condizione minima di legittimità'¹⁶⁰. Superata questa impostazione con il riconoscimento che il limite in parola è riferito al solo legislatore¹⁶¹, si assiste a null'altro che ad un'applicazione dei principi della *ragionevolezza* e della *proporzionalità* che, invero, non richiederebbero neppure di essere esplicitamente richiamati. Nell'elenco dei limiti di cui al II comma dell'art 41 Cost., dopo l'utilità sociale,

¹⁵⁸ Sul tema si veda S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 39.

¹⁵⁹ Si veda in tal senso: Cass., 04 dicembre 2002, n. 17208, che nel valutare la legittimità di un licenziamento comminato per giusta causa afferma: "...il giudice di merito non può trascurare i principi costituzionali che impongono un bilanciamento dell'interesse del lavoratore, protetto dall'art. 4 Cost., con quello dell'impresa datrice di lavoro, tutelato dall'art. 41 Cost., bilanciamento che, anche nel caso presente, si compendia nel criterio - dettato dall'art. 2106 c.c. - della "proporzionalità" della sanzione disciplinare all'infrazione contestata".

¹⁶⁰ Quale limite immediatamente operativo nei confronti dei poteri datoriali: U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Camerino, Centro stampa Università di Camerino, 1982, 97 e ss..

¹⁶¹ MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1962-1965, 234 ss.; D'ANTONA, *op. cit.*, 1979. 72-73.

viene richiamata la 'sicurezza' che viene tradizionalmente intesa come tutela dell'integrità fisica.

Infine vengono in considerazione la 'libertà' e la 'dignità umana' che a differenza degli altri due termini impongono la previsione legislativa di una serie di limiti dettati dal coinvolgimento della personalità umana nella vicenda del licenziamento¹⁶².

Una gerarchia mobile, d'altro lato, «è una relazione di valore instabile, mutevole, che vale per il caso concreto, ma che potrebbe invertirsi in relazione ad un caso concreto diverso. [...]. Ne consegue che il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz'altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull'altro; ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri»¹⁶³.

Precisazioni che inducono a prendere atto che il richiamo ai principi non assicura, di per sé, l'uniformità delle decisioni o, addirittura, la certezza del diritto. Ma il riferimento ai principi opera, anche, in modo diverso; quale supporto all'attività integrativa del giudice di merito. La Suprema Corte, fin dal 1998¹⁶⁴, ha elaborato, infatti, una serie di principi (in tema di giusta causa) che devono servire da guida per l'operatore di diritto. In particolare, la Corte ha chiarito che: nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica:

¹⁶² L. NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss..

¹⁶³ Sul tema si veda R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 85.

¹⁶⁴ Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2156 e Cass., 18 gennaio 1999, n. 434, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 441, secondo cui "I giudizi di valore compiuti ai fini della qualificazione di un comportamento ai sensi di norme "elastiche" che indichino solo parametri generali presuppongono da parte del giudice un'attività di integrazione giuridica della norma, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico - sociale. Ne consegue la censurabilità in cassazione di tali giudizi quando gli stessi si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento (espressi dalla giurisdizione di legittimità) e quegli standard valutativi esistenti nella realtà sociale - riassumibili nella nozione di civiltà del lavoro, riguardo alla disciplina del lavoro subordinato - che concorrono con detti principi a comporre il diritto vivente".

1. «il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa [...] in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale, non diversamente da quanto dal lavoratore un determinato comportamento viene giudicato conforme o meno a buona fede allorché la legge richieda tale elemento»;
2. tale «giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – del giudice del merito deve [...] conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di standards valutativi¹⁶⁵ esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro»;
3. «la valutazione di conformità – agli standards di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore – dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida».

Si tratta di affermazioni di grande rilievo in cui si coglie la valorizzazione dei c.d. standard valutativi esistenti nella realtà sociale che insieme ai principi generali offrono supporto (e legittimazione) all'attività di integrazione giuridica della norma posta in essere dal giudice di merito.

Alexy, nella teoria dell'argomentazione giuridica¹⁶⁶, ricorda, nella prefazione, che la prima sezione della Corte Costituzionale federale ha disposto, in una sentenza del 14 gennaio 1973, che la decisione del giudice debba fondarsi su una "argomentazione razionale". Dalla possibilità di produrre una argomentazione giuridica razionale dipende, secondo l'Autore, «non soltanto il

¹⁶⁵ Sul tema si veda A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1999, 369.

¹⁶⁶ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

carattere scientifico della giurisprudenza, ma anche la legittimità delle decisioni giudiziali».

Siamo al cuore del problema.

Difficilmente, infatti, prescrizioni legislative, di opinabile validità, possono impedire che l'interprete, nella sua creatività, superi i "limiti dell'arbitrio"¹⁶⁷. È più probabile, invece, che in un controllo diffuso, partendo dagli spunti innovativi contenuti negli apporti della dottrina, si snodi in un confronto dialettico tra gli attori del processo: avvocati e giudici. Ricordava, una decina di anni fa, Galgano: «Avremmo mai avuto le tante sentenze sulla buona fede contrattuale se gli avvocati non l'avessero invocata in causa?»¹⁶⁸.

Ma la parola finale spetta, probabilmente, agli argomenti dogmatici. Scriveva Mengoni nel suo saggio sull'interpretazione e nuova dogmatica: «La decisione è giustificata quando sia traducibile in termini dogmatici che la rendano comprensibile come deduzione da un concetto o da un principio sistematico, garantendone la coerenza con la razionalità globale dell'ordinamento e quindi l'idoneità a stabilizzarsi come modello di decisione di altri aventi la medesima struttura tipica. Dal punto di vista della dottrina di base la dogmatica giuridica assume la funzione di assicurare una recezione controllata delle valutazioni sociali nell'ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche. In questa funzione essa è un accumulatore di informazioni, sotto forma di concetti ordinatori o di principi, relativi a casi già decisi, così che l'accordo intersoggettivo, che fonda l'oggettività della decisione del nuovo caso, è da esso reso possibile attraverso la prassi»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Sul tema si veda G. ALPA, *Interpretare il diritto. Dal realismo alle regole deontologiche*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 23.

¹⁶⁸ F. GALGANO, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 3.

¹⁶⁹ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 67.

CAP. 3). – L’ESTINZIONE DEL RAPPORTO ED IL SINDACATO SULL’ESERCIZIO DEL POTERE DI RECESSO DEL DATORE DI LAVORO: FATTISPECIE E RIMEDI

Il datore di lavoro è dotato di potere di recesso, soggetto tuttavia al sindacato giudiziale. Il licenziamento conseguente al notevole inadempimento degli obblighi del lavoratore corrisponde e, secondo i più, riassume¹⁷⁰, in ambito giuslavoristico, la risoluzione giudiziale per inadempimento dei contratti sinallagmatici, ma rappresenta, in relazione alle garanzie procedurali di cui all’art. 7 st. lav., solo un equivalente funzionale del potere disciplinare¹⁷¹. I due poteri, pur essendo entrambi di natura contrattuale, restano strutturalmente, e dal punto di vista causale, distinti come ben ha affermato Corte cost. n. 586/1989¹⁷². Il primo è, infatti, strumentale alla predisposizione del substrato aziendale che consente al lavoratore di adempiere alla sua obbligazione principale e si esprime, perciò, anzitutto, nella formazione del codice disciplinare. Il potere di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa salvaguarda, invece, la possibilità della parte fedele a mettere in discussione la sopravvivenza del contratto in caso d’inadempimento degli obblighi fissati nel regolamento contrattuale e prescinde, pertanto, dal contenuto del codice disciplinare.

¹⁷⁰ MAZZOTTA, *Il recesso, la giustificazione del licenziamento, la tutela reale*, Milano, Giuffrè, 2005, 62; se non fosse totalmente irrealistico per la deformazione dei tempi processuale, si dovrebbe però dar ragione a MANCINI, *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1965, 77 secondo il quale sul punto sono state scritte «molte cose inesatte». Se si ragiona nell’ottica dei contratti di durata, il parametro dell’art. 3, l. n. 604 del 1966 e quello di diritto comune sono, infatti, equivalenti tra loro (MONTUSCHI 1973, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973, 28 e ss.; TULLINI, *Contributo alla teoria dei licenziamenti per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994, 200 ss.).

¹⁷¹ *Contra*, invece, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003, 474, che propende per una piena riconduzione del licenziamento al potere disciplinare.

¹⁷² Corte cost., 29 dicembre 1989, n. 586, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 3.

La comunanza tra i due poteri, che giustifica l'applicazione ad entrambi del principio *audiatur et altera pars*, non risiede nel carattere sanzionatorio, che è inesistente in quello risolutorio per inadempimento¹⁷³ ma va, piuttosto, cercata nel comune presupposto dell'inadempimento nonché nel fatto che i due poteri vengono esercitati in via stragiudiziale¹⁷⁴. Trattandosi di provvedimenti idonei a riverberarsi sulla «personalità stessa del lavoratore» al quale viene imputato di aver violato la legge contrattuale¹⁷⁵, è necessario, come affermato in dottrina¹⁷⁶, che il legislatore preveda specifici accorgimenti protettivi che devono essere assolti prima dell'esercizio dei poteri stessi¹⁷⁷.

Come si sa, è recentemente intervenuta la riforma Fornero, per molti considerata 'epocale', che ha modificato sensibilmente la disciplina sui licenziamenti ed in particolare il loro apparato sanzionatorio. La prima cosa da dire a proposito della nuova disciplina dei licenziamenti è quello che la riforma non fa. La riforma non incide sui requisiti sostanziali di validità del licenziamento, che restano identici a prima. La regola generale che stabilisce i limiti alla facoltà di recesso del datore di lavoro è contenuta nella legge sui licenziamenti individuali, la 604/1966, che all'articolo 1 dispone: «*Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercorrente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo*».

Si può quindi affermare che i criteri in base ai quali i giudici decidono se un licenziamento è valido o meno, come elaborati in oltre 40 anni dalla giurisprudenza, continueranno a essere gli stessi. Rimane integra la garanzia del

¹⁷³ MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, Jovene, 1950, 18 ss..

¹⁷⁴ NAPOLI, *Stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1980, 144 ss..

¹⁷⁵ Così, in relazione alla giusta causa, Cass., S.U. n. 4844/1994, in *Giust. civ. Mass.* 1994, 676.

¹⁷⁶ NAPOLI, *op. cit.*, 1980, 227.

¹⁷⁷ L. NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss..

lavoratore a essere licenziato solo per un motivo giustificato, così come rimane il fatto che, in presenza di una giusta causa o un giustificato motivo, nulla spetta al lavoratore licenziato, salvo il preavviso in caso di giustificato motivo.

La riforma dell'art. 18 St. Lav. va calata nel contesto normativo generale nel quale molte cose sono rimaste inalterate e alcune sono cambiate. Qui di seguito le modifiche più significative apportate dalla recente riforma:

- l' art. 2 L. 604/66 che prevede la comunicazione contestuale dei motivi del licenziamento *“Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro. La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato. Il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace”* (art 2 L. 604/66);

- l'art 1 c. 41 L. 92/2012 che fa retroagire gli effetti del licenziamento alla data della contestazione disciplinare: *«Il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, oppure all'esito del procedimento di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 40 del presente articolo, produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo e' stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennita' sostitutiva; e' fatto salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternita' e della paternita', di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151. Gli effetti rimangono altresì sospesi in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro. Il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato»;*

- l'art 18 c. 10 L. 300/70 che permette la revoca del licenziamento superando l'orientamento giurisprudenziale che ritenendo il licenziamento un atto unilaterale recettizio non riteneva revocabile unilateralmente una volta comunicato al lavoratore con diritto comunque per il lavoratore al risarcimento

del danno¹⁷⁸ «Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché' effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo»¹⁷⁹.

Il resto del quadro normativo rimane immutato¹⁸⁰.

Si può quindi affermare che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sebbene non toccate formalmente dalla riforma lo sono surrettiziamente.

SEZ. 1). - NELLA CONDOTTA DEL LAVORATORE

Il licenziamento per motivi inerenti alla condotta del lavoratore, ovvero disciplinare, può essere intimato in presenza di una giusta causa (art. 2119 cod.

¹⁷⁸ Cass. Civ., sez. lav., 26 ottobre 1984, n. 5474, in Riv. it. dir. lav. 1985, II,478; Cass. Civ., sez. lav., 12 ottobre 1993, n. 10085, Giust. civ. Mass. 1993, 1464 (s.m.), Mass. giur. lav. 1993, 667.

¹⁷⁹ La revoca deve avere forma scritta (VALLEBONA A., op. cit., 2012). La disciplina della revoca si applica solo ai licenziamenti in tutela reale (VALLEBONA A., op. cit., 2012).

¹⁸⁰ Rimangono immutati:

-l'art. 2 L. 604/66 che prevede la forma scritta del licenziamento e la comunicazione dei motivi (che oggi deve avvenire contestualmente al licenziamento);

-l'art. 2119 c.c. e l'art. 3 L. 604/66 non sono mutati nella definizione del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo come "notevole inadempimento";

-l'art. 5 L. 604/66 non è mutato in punto di onere della prova della legittimità del licenziamento;

-l'art. 2106 c.c. non è mutato in punto di requisito di proporzionalità per la legittimità della sanzione;

-l'art. 7 St. Lav. non è mutato ed anzi sul punto è opportuno chiarire che pacificamente:

-le procedure previste dall'art. 7 c. 1- 3 hanno tutela costituzionale dalle sentenze:

1. Corte Cost 204/82 che ha chiarito come «Una volta introdotta con i commi secondo e terzo l'osservanza del contraddittorio tra datore e lavoratore quale indefettibile regola di formazione delle misure disciplinari, l'escluderne il licenziamento disciplinare sol perché la sua normativa non richiama l'art. 7 suona offesa dell'art. 3 Cost. pur a prescindere dalla maggiore gravità del licenziamento rispetto alle altre misure disciplinari»;

2. Corte Cass. S.U. 3965/94 recependo le indicazioni della Corte Cost. ha ulteriormente chiarito che «Il licenziamento intimato a motivo di una colpevole condotta del prestatore di lavoro, sia pur essa idonea a configurare la giusta causa di cui all'art. 2119 c.c., ha natura "ontologicamente" disciplinare ed implica, per tale ragione, la previa osservanza delle garanzie procedurali di irrogazione stabilite dall'art. 7 della l. 20 maggio 1970, n. 300, la cui violazione, tuttavia, non comporta nullità dell'atto di recesso, ma lo rende ingiustificato».

civ.), vale a dire una condotta del lavoratore di tale gravità da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro, o di un giustificato motivo soggettivo (art. 3, legge 604/1966), vale a dire un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore.

Una volta esercitato il potere di recesso da parte del datore di lavoro, resta la possibilità per il lavoratore di rivolgersi al sindacato giudiziale, che può essere chiamato a valutarne la legittimità. Subentrano quindi problematiche processuali, quali la distribuzione dell'onere della prova¹⁸¹ che in materia di licenziamento individuale è regolata dall'art. 5, L. n. 604/1966, secondo il quale l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro.

Il licenziamento ingiustificato può quindi conservare alla stregua dell'art. 8 la propria efficacia risolutiva, nel regime della L. 604/1966, da cui quindi deve dirsi salvaguardato il potere del datore di lavoro di estinguere anche immotivatamente il rapporto, salva l'efficacia dissuasiva dell'onere economico¹⁸².

Diverse sono solo le ipotesi che possono indurre il datore di lavoro a comminare il licenziamento al lavoratore a causa della sua condotta, da cui quindi le diverse ipotesi che ne definiscono i tratti peculiari e segnano i confini della legittimità dell'operato del datore.

§ a). - Le conseguenze dell'accertata illegittimità del licenziamento ante riforma Fornero

In base alla normativa precedente alla riforma Fornero, le conseguenze dell'accertata illegittimità del licenziamento (per insussistenza della giusta causa e/o del giustificato motivo soggettivo, oppure per violazione della

¹⁸¹ Per una trattazione del tema si veda MICHELE DE LUCA, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 2009, 977.

¹⁸² CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 318 e s..

procedura dell'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori) variavano in relazione al livello occupazionale del datore di lavoro:

a). se nell'unità produttiva ove ha avuto luogo il licenziamento (o in più unità produttive nell'ambito dello stesso Comune) erano occupati più di 15 dipendenti o se, in ogni caso, il datore di lavoro occupava più di 60 dipendenti sull'intero territorio nazionale, il giudice annullava il licenziamento ed il lavoratore aveva diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro e ad ottenere il risarcimento del danno subito per effetto del licenziamento, in misura pari alla retribuzione globale di fatto dal giorno del recesso illegittimo sino a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali per l'intero periodo. La misura del risarcimento non poteva comunque essere inferiore a 5 mensilità. Queste le disposizioni dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori (come modificato dalla legge n. 108/90).

Fermo restando il diritto al risarcimento del danno, era facoltà del lavoratore chiedere, in sostituzione della reintegrazione, il pagamento di un'indennità pari a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto. In caso di licenziamento di un lavoratore appartenente alla Rsa e/o Rsu, il giudice, in ogni fase e grado del giudizio di merito e su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato di appartenenza, poteva disporre con ordinanza la reintegrazione nel posto di lavoro, qualora ritenesse irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro; in ipotesi di inottemperanza a tale ordinanza (cioè in caso di mancata o ritardata reintegrazione) il datore di lavoro era tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, a pagare al Fondo adeguamento pensioni una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore;

b). qualora non sussistessero i requisiti occupazionali previsti per l'applicabilità del regime sanzionatorio del punto precedente (cioè della cosiddetta "tutela reale"), il datore di lavoro era invece tenuto - ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 604/66 - a riassumere il lavoratore entro il termine di 3 giorni o, in mancanza, a corrispondergli un'indennità risarcitoria di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero di dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento

ed alle condizioni delle parti. La misura massima dell'indennità poteva essere maggiorata fino a 10 o 14 mensilità per i lavoratori che avessero, rispettivamente, un'anzianità superiore ai 10 oppure ai 20 anni.

Nel caso ora in esame (cosiddetta "tutela obbligatoria") il licenziamento - ancorché ritenuto illegittimo - rimaneva fermo, sicché nulla era dovuto al lavoratore a titolo retributivo e/o risarcitorio per il periodo intercorrente tra la data del licenziamento e quella della sentenza; la riassunzione prevista dall'articolo 8 della legge n. 604/66, infatti, si traduceva nella costituzione di un nuovo rapporto di lavoro e non già nel ripristino del precedente, come invece avveniva nel caso di reintegrazione.

§ b). - Il nuovo regime sanzionatorio

Per le conseguenze dell'eventuale illegittimità del licenziamento, restano fermi i limiti occupazionali per l'applicabilità dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori (così come modificato dalla riforma).

Nei confronti dei datori di lavoro che non raggiungono i requisiti occupazionali previsti, quindi, continua a trovare applicazione la cosiddetta "tutela obbligatoria" di cui sopra si è detto (per cui il datore è tenuto a riassumere il lavoratore entro 3 giorni o, in alternativa, a corrispondergli un'indennità variabile da 2,5 a 6 mensilità di retribuzione). La riforma interviene invece in modo significativo sul contenuto della tutela riservata ai dipendenti delle aziende cui risulta applicabile, in considerazione del loro livello occupazionale, l'articolo 18.

La nuova disciplina introdotta dalla riforma (che non riguarda la tutela stabilita dalla normativa previgente in favore dei lavoratori appartenenti alla Rsa e/o Rsu la quale rimane pertanto immutata) prevede, quattro distinti regimi sanzionatori in relazione alle diverse fattispecie di illegittimità del licenziamento:

a. qualora il licenziamento disciplinare risulti nullo (perché discriminatorio o intimato in violazione delle ipotesi di divieto o dovuto a motivo illecito determinante)¹⁸³, si applica la disciplina sanzionatoria prevista dai primi tre commi del "nuovo" articolo 18 per tutti i casi di nullità del recesso. La normativa si applica a prescindere dalle dimensioni occupazionali dell'azienda (si veda il capitolo sui licenziamenti nulli)¹⁸⁴.

b. ai sensi del nuovo comma 4 dell'articolo 18¹⁸⁵, se il giudice accerta che il fatto contestato al dipendente non sussiste, ovvero che rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa in base alle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento. Inoltre condanna il datore di lavoro a reintegrare il dipendente e a corrispondergli

¹⁸³ Art. 18 c. 1-3 cd. REINTEGRAZIONE FORTE. La reintegra forte si applica in casi di nullità / inefficacia del licenziamento indipendentemente dal numero di dipendenti. Trattasi in altre parole dei licenziamenti discriminatori, a causa di matrimonio, in violazione art. 54 TU 151/01, ecc. o anche dei licenziamenti inefficaci in quanto intimati in forma orale. È altresì rientrante in tale fattispecie il licenziamento "determinato da motivo illecito determinante".

¹⁸⁴ Prevede la stessa disciplina dell'art. 18 St. Lav. vecchio testo con alcune peculiarità:

a) "ultima retribuzione globale di fatto": la retribuzione viene congelata al momento del licenziamento, mentre la precedente formulazione permetteva di tenere conto anche delle eventuali maggiorazioni verificatesi *medio tempore* fino alla reintegrazione;

b) si fa riferimento esplicito all'*aliunde perceptum* - con sua implicita esclusione - con onere della prova in capo al datore di lavoro anche se il testo sul punto non è chiaro. In caso contrario in dottrina si è rilevato come si arriverebbe a un processo dai connotati inquisitori "i poteri istruttori del giudice si potranno sviluppare sulla base delle allegazioni delle parti" (CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla riforma Fornero*, All. LG 2012, 861);

c) la richiesta dell'indennità di 15 mensilità determina la risoluzione del rapporto di lavoro. La giurisprudenza precedente riteneva che la cessazione si verificasse solo al momento del pagamento (CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla riforma Fornero*, All. LG, 2012, 865);

d) i termini per optare per l'indennità decorrono alternativamente dal deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio se antecedente (soluzione conforme alla giurisprudenza sul testo precedente).

¹⁸⁵ Art. 18 c. 4 REINTEGRAZIONE DEBOLE: La reintegra debole si applica ai casi più gravi di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa "per insussistenza del fatto contestato" o "perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicati". Trova applicazione anche in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo secondo quanto previsto dall'art. 18 c. 7 (licenziamento per inidoneità fisica, superamento del comporta e "può" trovare applicazione in caso di "manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento").

un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito per lo svolgimento di altre attività nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione¹⁸⁶.

Non è più prevista una misura minima dell'indennità (finora era di 5 mensilità) ma è invece stabilita una misura massima pari a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto; questa disposizione consente al datore di lavoro di evitare costi ulteriori provocati dalla durata del processo.

Il datore di lavoro è inoltre condannato al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento e fino a quello dell'effettiva reintegra, maggiorati degli interessi legali, ma senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione. L'entità è pari al differenziale tra la contribuzione che sarebbe maturata in caso di prosecuzione del rapporto illegittimamente risolto e quella eventualmente accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altra attività. L'espressa esclusione di sanzioni per il ritardato versamento contributivo elimina un ulteriore costo che gravava sui datori di lavoro in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi prima della riforma.

È infine previsto che il dipendente, entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, possa chiedere, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro.

¹⁸⁶ Prevede la reintegrazione nel posto di lavoro ma si può chiedere l'indennizzo di 15 mensilità in luogo della reintegra (viene cancellato il riferimento al risarcimento minimo di 5 mensilità) oltre al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dedotto l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percepiendum* (si veda *Cester* che ritiene che l'onere della prova sul punto gravi sul datore di lavoro: *CESTER, La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla riforma Fornero*, in All. LG 2012, 3).), il cui indennizzo massimo liquidabile è di 12 mensilità da intendersi fino alla sentenza e non fino alla eventuale reintegrazione (in tal senso *Cester*, in senso dubitativo *VALLEBONA A., La riforma del lavoro*, Giappichelli, 2012.).

c. nelle "altre ipotesi" (diverse, cioè, da quelle indicate nella precedente lettera b)¹⁸⁷ in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, il giudice dichiara risolto il rapporto con effetto alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto altresì conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo. Nel caso qui esaminato - che certamente è quello destinato a suscitare i maggiori dubbi interpretativi, stante la difficoltà di individuare chiaramente le "altre ipotesi" cui la legge si riferisce l'accertata illegittimità del licenziamento per mancanza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo lascia comunque fermo l'effetto estintivo del rapporto di lavoro, che, pertanto, non viene ricostituito. La sanzione per l'illegittimità del licenziamento è rappresentata da un'indennità risarcitoria che la legge definisce espressamente "omnicomprensiva", cioè tale da coprire tutti i danni derivati al lavoratore dal licenziamento, non residuando pertanto spazio per ulteriori pretese risarcitorie, neppure con riferimento alle modalità del licenziamento. In tal senso sembrano deporre anche i criteri che la legge stabilisce per la determinazione dell'indennità, tra i quali vi è un riferimento al comportamento e alle condizioni delle parti;

d. qualora il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione dell'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori (cioè per vizi formali relativi al procedimento disciplinare)¹⁸⁸, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro alla data del

¹⁸⁷ Art. 18 c. 5 TUTELA INDENNITARIA FORTE: Si applica "*in ogni altro caso*" di non applicazione della tutela reintegratoria debole ora descritta (sia per giusta causa e giustificato motivo soggettivo sia per giustificato motivo oggettivo) e prevede un'indennità onnicomprensiva (stesso termine usato *ex art. 32 c. 5 L. 183/2010*) contenuta tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione. La norma specifica che il giudice tiene conto del "*comportamento*" delle "*condizioni*" delle parti, delle "*dimensioni dell'azienda*" e della "*anzianità di servizio*".

¹⁸⁸ Art. 18 c. 6 TUTELA INDENNITARIA DEBOLE: Si applica in caso di "*licenziamento dichiarato inefficace*", per "*violazione del requisito di motivazione*" dell'art. 2 L. 604/66 e per violazione

licenziamento e condanna il datore al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di 6 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione alla gravità della violazione. Ove il lavoratore lamenti non solo la violazione procedurale, ma anche altri profili di illegittimità del licenziamento, il giudice - qualora accerti che vi è anche un difetto di giustificazione - applica, a seconda dei casi, il regime sanzionatorio di cui alle precedenti lettere b) o c), in sostituzione di quello stabilito per la mera violazione formale.

La decorrenza degli effetti del licenziamento disciplinare dopo la riforma Fornero

L'articolo 1, comma 41, della legge di riforma dispone ora che il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare produce effetto dal giorno in cui il lavoratore ha ricevuto la contestazione con cui lo stesso procedimento è stato avviato, salvo l'eventuale diritto al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva.

La norma precisa espressamente che gli effetti del licenziamento rimangono sospesi in caso di infortunio sul lavoro e nelle ipotesi previste dalla normativa in materia di tutela della maternità e della paternità. A nostro giudizio l'effetto sospensivo può essere riferito solo al licenziamento con preavviso e non a quello per giusta causa, in quanto, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, la conservazione del posto di lavoro non ha ragion d'essere in presenza di una causa che non consente la prosecuzione, neppure provvisoria, del rapporto.

La nuova norma stabilisce che il periodo di eventuale lavoro svolto durante la procedura disciplinare si considera come preavviso lavorato. Ovviamente ciò vale qualora all'esito della procedura, venga intimato al lavoratore un

“della procedura di cui all'art. 7 L. 300”. L'indennità risarcitoria onnicomprensiva è contenuta tra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità *“in base alla gravità delle violazioni formali e procedurali commesse dal datore di lavoro”*. Tale norma presenta una lettura problematica ed in dottrina sollevano dubbi di costituzionalità (SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in *RIDL*, 544; F. CARINCI, *Il licenziamento inefficace per la riforma fornero*, in *Commentario alla riforma Fornero*, All. LG 2012, 871.)

licenziamento con preavviso. In caso di licenziamento per giusta causa, invece, il periodo eventualmente lavorato nel corso del procedimento disciplinare non potrà essere imputato a preavviso, fermo restando che la prestazione resa di fatto dovrà comunque essere retribuita (articolo 2126 Codice civile). Questa situazione non dovrebbe tuttavia ricorrere frequentemente nella pratica, perché, in presenza di fatti di tale gravità da poter concretare una giusta causa di recesso, alla contestazione disciplinare si accompagna di norma la sospensione cautelare dal servizio del lavoratore.

La revoca del licenziamento

Da ultimo, si deve segnalare che, ai sensi del comma 10 del nuovo articolo 18¹⁸⁹, i regimi sanzionatori non trovano applicazione nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del licenziamento. In tale caso il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca. Si noti che, a differenza di quanto ritenuto dalla giurisprudenza con riferimento alla previgente normativa, perché la revoca del licenziamento produca gli effetti appena illustrati non è necessaria l'accettazione del lavoratore.

§ c). - Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo (post riforma Fornero)

¹⁸⁹ Art. 18, c. 10: «*Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo.*».

Secondo la giurisprudenza il giudice deve valutare la proporzionalità tra la violazione contestata e la sanzione adottata, tenendo anche conto dell'elemento intenzionale che ha sorretto la condotta del lavoratore.

La valutazione deve essere operata dal giudice anche con riferimento alle ipotesi di giusta causa di licenziamento previste dalla contrattazione collettiva, stante l'inderogabilità della disciplina dei licenziamenti¹⁹⁰.

L'articolo 30 della legge n. 183/10, tuttavia, dispone ora che il giudice debba "tenere conto" delle tipizzazioni delle cause di licenziamento previste dai contratti collettivi. In applicazione di tale principio, ad esempio, è stato talora ritenuto sproporzionato - e conseguentemente annullato - anche il licenziamento intimato per sottrazione di beni di proprietà del datore di lavoro, qualora il valore del materiale sottratto fosse modesto¹⁹¹.

Nel caso di licenziamento sproporzionato, il fatto addebitato esiste e il lavoratore lo ha effettivamente commesso; ciò che rende illegittimo il licenziamento è la non congruità della sanzione espulsiva rispetto al fatto. Poiché, tuttavia, quest'ultimo sussiste, non potrà trovare applicazione il regime sanzionatorio previsto dal comma 4 del nuovo articolo 18 e, conseguentemente, il lavoratore non potrà ottenere la reintegrazione. La fattispecie in esame rientra, pertanto, tra le "altre ipotesi" in cui - ai sensi del comma 5 dell'articolo 18 - non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, con le conseguenze previste, cioè la condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

*§ d). - I licenziamenti per giusta causa e le tipizzazioni
contrattuali*

¹⁹⁰ Cass., 02 marzo 2011, n. 5095, in *Guida al diritto*, 2011, 13, 49 (s.m.).

¹⁹¹ Cass., 16 giugno 2011, n. 13161, in *Diritto & Giustizia* 2011.

L'art. 2119 cod. civ. autorizza ciascuna delle parti a recedere per giusta causa dal contratto "qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto". In tale ipotesi la parte recedente non è tenuta a dare il preavviso.

Sovente sono i contratti collettivi a provvedere ad elencare i fatti definibili in concreto come giusta causa e giustificato motivo soggettivo. Dottrina e giurisprudenza sono orientate a negare la vincolatività di tali indicazioni che, per quanto provviste di una qualche attendibilità in ragione della loro provenienza dalle parti sociali¹⁹², non esimono il giudice dall'indagare sulla reale entità e gravità della mancanza, nel caso specifico, ai fini della eventuale prosecuzione del rapporto: un addebito, pur qualificato come giusta causa dal contratto collettivo, può non esserlo in concreto, tenuto conto delle più diverse circostanze di fatto o perché la previsione contrattuale ha violato l'art. 2119 c.c. trascurando gli estremi di gravità da questo fissati (ad es. previsione come giusta causa di una lieve insubordinazione)¹⁹³; viceversa, altro fatto può essere considerato come giusta causa dal giudice alla stregua dell'art. 2119 cod. civ. pur se non risulta ricompreso tra quelli espressamente contemplati nel contratto, restando in definitiva sovrana la prudente valutazione del magistrato e conservando il disposto contrattuale una portata indicativa¹⁹⁴.

Si è altresì ritenuto che la previsione negoziale che ricollega ad un determinato fatto solo una sanzione conservativa o consente il licenziamento solo in presenza di precise circostanze vincolano il giudice in quanto, anche nel caso di contrasto con la nozione legale di giusta causa o di giustificato motivo,

¹⁹² Secondo Cass., 30 gennaio 1981, n. 713, in *Giust. civ., Mass.*, 1981, fasc. 1, l'elencazione dei contratti collettivi " non può essere svalutata ai fini di una dichiarazione generica della gravità dell'inadempienza", cfr. da ultimo, Cass., 10 dicembre 2002, n. 17562, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 2161; Cass., 26 maggio 2000, n. 6900, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1113; Cass., 21 maggio 1998, n. 5103, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1100.

¹⁹³ Cass., 23 aprile 1990, n. 3357, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II,902.

¹⁹⁴ Cass., 14 giugno 2000, n. 8139, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1303; cfr. BASCHERINI, *I licenziamenti individuali*, in *Indirizzi di Giurisprudenza*, a cura di ENRICA MINALE COSTA, Giappichelli, Torino, 2007, 133 e ss..

costituisce una disposizione di maggior favore fatta espressamente salva dall'art. 12 della L. n. 604/1966.

Sul punto tuttavia è espressamente intervenuto l'art. 30, III comma, della L. n. 183/2010 che ha disposto che il giudice nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento deve tener conto delle tipizzazioni della giusta causa e del giustificato motivo presenti nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o nei contatti individuali certificati avanti ad una delle commissioni previste dalla legge, da cui il chiaro tentativo del legislatore di limitare la discrezionalità dei giudici a favore di una maggiore certezza al diritto.

Le tipizzazioni sino ad oggi

Il più recente orientamento giurisprudenziale, prende atto che il contratto collettivo non può che specificare gli obblighi derivanti dalla legge, in quanto le fattispecie legali già assolvono alla funzione della preventiva pubblicità degli stessi¹⁹⁵. Si è superato, così, lo stato di totale incertezza creato dal ricorso alle belle formule delle «regole fondamentali del vivere civile» oppure dei «doveri fondamentali»¹⁹⁶. Formule che sembravano ispirate all'errata idea di fondo che il potere disciplinare punisce non solo il mancato rispetto degli obblighi scaturenti dal sinallagma contrattuale, ma anche la violazione dei doveri extracontrattuali¹⁹⁷ i quali, peraltro, non dovrebbero essere riformulati nel codice disciplinare. In tal modo si nega *ab imis* lo stesso sforzo contrattualistico profuso dalla dottrina giuslavoristica. Ma, soprattutto, l'incertezza che accompagna questi criteri è dimostrata dal fatto che, in base ad essi, la Cassazione è, ad es., giunta al punto di dichiarare illegittimo il licenziamento di

¹⁹⁵ Cfr. Cass., 25 settembre 2004 n. 19306, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 920; Cass., 08 giugno 2001 n. 7819, in *Not. giur. lav.*, 2001, 600.

¹⁹⁶ v. Cass., 13 gennaio 2005 n. 488, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, 81.

¹⁹⁷ Cass., 04 giugno 2004 n. 10663, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 636.

una guardia giurata che aveva aggredito un collega costringendolo a medicarsi all'ospedale¹⁹⁸.

Contraddice il principio della gerarchia delle fonti, invece, l'ulteriore orientamento giurisprudenziale che richiede vengano indicati nel codice i «comportamenti, che non sarebbero – di per sé – riconducibili a dette nozioni legali, ma – in relazione alle peculiarità dell'attività e/o dell'organizzazione dell'impresa – possono integrare comunque specifiche ipotesi di giusta causa o giustificato motivo soggettivo»¹⁹⁹. Tale orientamento non diminuisce tuttavia l'incertezza perché in base al criterio testé rammentato è stata esclusa dalla giurisprudenza²⁰⁰, la legittimità del licenziamento per colluttazione sul luogo di lavoro con la rottura della protesi dentaria del collega²⁰¹.

Licenziamenti per giusta causa e procedimento penale

Tra le varie ipotesi che possono indurre il datore di lavoro a comminare un licenziamento vi è il caso particolare della pendenza di un procedimento penale a carico del lavoratore. Tale fatto tuttavia non rappresenta di per sé giusta causa, ma ciò che rileva è piuttosto il fatto oggetto dell'imputazione, che può integrare giusta causa di licenziamento a seconda dell'incidenza o meno sul piano delle obbligazioni contrattuali e dell'aspettativa o probabilità di adempimento²⁰².

¹⁹⁸ Cass., 21 giugno 2006n. 14305, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, II, 224.

¹⁹⁹ Cass., 25 settembre 2004 n. 19306, in *Notiziario giur. lav.*, 2005, 231; Cass., 21 luglio 2004 n. 13526, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 669; Cass., 27 maggio 2004 n. 10201, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 350; in dottrina sulla sindacabilità dei contratti collettivi cfr. NAPOLI, *op. cit.*, 1980, 221; nel senso dell'opinabile orientamento secondo cui il lavoratore ha l'«onere della prova di circostanze tali da fondare lo scostamento dalle valutazioni operate dall'autonomia collettiva», VALLEBONA, *Il rapporto di lavoro*, Verona, Cedam, 2005, 386. Sul punto peraltro NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss., fa notare che le cicliche proposte di legge che impongono al giudice di far riferimento alle tipizzazioni presenti nei contratti collettivi dovrebbero specificare che ciò riguarda le sanzioni conservative ed è riferito al giudizio di adeguatezza del licenziamento.

²⁰⁰ Trib. Tivoli 20 settembre 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 224.

²⁰¹ L. NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss..

²⁰² Cass., 10 settembre 2003, n. 13294, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 9.

Taluni contratti collettivi richiedono, che - ai fini della sussistenza della giusta causa - il fatto sia stato accertato in sede penale con sentenza passata in giudicato. Il nuovo codice di procedura penale tuttavia non prevede più - salvo ipotesi marginali - che la sentenza penale spieghi la sua efficacia di giudicato anche in sede civile, con la conseguenza che il giudice del lavoro non è più tenuto a sospendere il processo civile sino all'esito definitivo di quello penale avente ad oggetto i medesimi fatti²⁰³.

Licenziamenti per giusta causa e conversione in licenziamento per giustificato motivo

Taluni licenziamenti possono essere interpretati dai giudici nella gravità dei fatti oggetto di sanzione e quindi convertiti, per esempio, da licenziamenti per giusta causa a licenziamenti per giustificato motivo. Nel vigore del codice civile, l'orientamento prevalente ammetteva la conversione del licenziamento intimato per giusta causa, poi considerata insussistente, in licenziamento *ad nutum* con pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso. La questione si ripropone negli stessi termini per le situazioni disciplinate dalla L. 604/1966 e dall'art. 18 St. lav.: anche in questa ipotesi viene accreditata la tesi della conversione ove si accerti che il fatto contestato come giusta causa concretizzi in realtà un giustificato motivo soggettivo, conseguendone il solo diritto del lavoratore all'indennità per mancato preavviso.

La modificazione del titolo di recesso viene quindi ritenuta possibile senza fare ricorso all'istituto della conversione degli atti giuridici nulli di cui all'art. 1424 cod. civ., ma come conseguenza del dovere del giudice di qualificare esattamente la situazione di fatto posta a fondamento del provvedimento espulsivo²⁰⁴.

²⁰³ Cass., 3 luglio 2009, n. 15641, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 7-8, 1033; Cass., 13 gennaio 2003 n. 314, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 67.

²⁰⁴ Così da ultimo, Cass., 3 novembre 2008, n. 26379, in *Diritto & Giustizia*, 2008; Cass., 14 giugno 2005, n. 12781, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, II, 126 (s.m.); CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, op. cit., Torino, 2011, 325 e s..

SEZ. 2). - SULLE RAGIONI INERENTI ALL'ATTIVITÀ PRODUTTIVA

Altre ipotesi di licenziamento sono quelle fattispecie inerenti l'attività produttiva. Il dato più saliente delle ristrutturazioni aziendali infatti è la riduzione dei posti di lavoro e quindi i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

Il tema del licenziamento individuale per motivi economici è infatti da anni al centro di un incessante dibattito sulle politiche regolative del lavoro, ed anche recentemente ha assunto un ruolo centrale nella discussione sulla riforma del lavoro sulla base delle affermate necessità di adeguamento del nostro ordinamento al quadro europeo.

Quando si parla di "flessibilità in uscita" si intende soprattutto fare riferimento alla possibilità per il datore di lavoro di sopportare minori vincoli nella scelta di ridurre il personale per fare fronte a situazioni di difficoltà o alla necessità di apportare modifiche all'organizzazione del lavoro. Il tema è dunque quello dei licenziamenti per motivi economici, che possono poi svilupparsi nella forma giuridica del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (art. 3, legge n. 604 del 1966) o dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale. Il fatto che un allentamento del tasso di rigidità della disciplina giuridica dei licenziamenti possa in effetti dar luogo a maggiore competitività, favorire l'aumento dell'occupazione, ridurre il dualismo tra occupati stabili e precari o disoccupati, sono assunti basati su presupposti indimostrati, dei quali le più serie ricerche di economisti e giuristi mettono in discussione il fondamento²⁰⁵.

Ha fatto notare recentemente la dottrina che appare comunque incoerente il fatto che la riforma Fornero intervenga non sulla disciplina sostanziale dei licenziamenti (se non per un aspetto di carattere procedurale), ma su quella sanzionatoria, attenuando le conseguenze di un licenziamento invalido: il risultato dunque non è che diventi più semplice o più facile, per l'impresa, operare un licenziamento legittimo, ma meno costoso licenziare un lavoratore

²⁰⁵ Per ampi riferimenti sul punto si vedano le condivisibili osservazioni di A. PERULLI e V. SPEZIALE, L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro, nei Working Papers del Centro Studi Massimo D'Antona, n. 132 del 2011, <http://csdle.lex.unict.it/>.

senza giustificazione. Tale scelta solleva notevoli perplessità, a cominciare dal fatto che la disciplina dei licenziamenti ha lo scopo di presidiare non solo, e non tanto, l'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro (perché nel nostro ordinamento tale interesse cede di fronte ad una seria e dimostrata ragione imprenditoriale), quanto la libertà e la dignità stessa del lavoratore, la sua condizione contrattuale nella quotidiana relazione di conflitto di interessi con il datore di lavoro²⁰⁶.

§ a). - I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo

La definizione del giustificato motivo – che può essere ‘soggettivo’ o ‘oggettivo’ – è contenuta nell’art. 3 della L. 604/1966.

La nozione di giustificato motivo oggettivo comprende tutte le ipotesi in cui il licenziamento individuale del lavoratore non sia giustificato da una condotta colpevole di quest’ultimo.

La Cassazione, sul finire degli anni '90²⁰⁷, ha infatti rivisto l’orientamento tradizionale, che lo identificava nelle sole ‘*ragioni inerenti alla attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*’, affermando che quando l’art. 3 della L. n. 604/1966 fa riferimento al ‘*notevole inadempimento degli obblighi contrattuali*’ ha riguardo non solo al notevole inadempimento imputabile al prestatore (che va ricondotto al giustificato motivo soggettivo), ma anche al notevole inadempimento che non sia imputabile al prestatore (o che non sia assunto in giudizio come tale), che costituisce giustificato motivo oggettivo. Di talché il giustificato motivo oggettivo risulta formato da due famiglie di fattispecie: la prima, incarnata nelle ‘*ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*’; la seconda, rappresentata da fattispecie di notevole inadempimento che non vengono sanzionate dal datore per la colpevolezza del

²⁰⁶ SCARPELLI F., *Guida alla Riforma Fornero*, in *Quaderni di wiki labour*, Annone Brianza, 2012, 79.

²⁰⁷ Cfr. Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170.

prestatore, bensì unicamente perché implicano per questi l'impossibilità di adempiere esattamente le proprie obbligazioni. In ambedue i casi, comunque, sarà necessario il rispetto del periodo di preavviso.

La formula delle *'ragioni inerenti alla attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa'* riguarda profili non lavoristici dell'attività di impresa, riguardanti ad es., il tipo di produzione ed il mercato (riconversione produttiva o tecnologica, riduzione di commesse, perdite in bilancio, ecc.) come profili più strettamente concernenti le modalità del produrre, cioè a dire l'organizzazione del lavoro²⁰⁸. Nel contrasto tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto e quello del datore ad espellere unità lavorative realmente non più funzionali alle esigenze dell'impresa è il secondo a prevalere. Due sono però le condizioni all'uopo richieste: *a)* l'effettività delle esigenze aziendali richiamate nella motivazione del licenziamento; *b)* un preciso *nesso di causalità* tra tali esigenze ed il licenziamento²⁰⁹.

§ b). - Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo con la riforma Fornero

La legge di riforma del mercato del lavoro ha apportato molte novità in materia di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.

È bene precisare subito che le modifiche non attengono alla nozione di "giustificato motivo oggettivo", che resta invariata e continua a essere regolata dall'articolo 3 della legge n. 604/1966. In base a questa norma, il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento.

²⁰⁸ Cass., 20 maggio 2009, n. 11720, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5, 798; Cass., 3 agosto 1998, n. 7620, in *Notiziario giur. lav.*, 1998, 725.

²⁰⁹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 327 e s..

L'obbligo di motivazione

Secondo la disciplina pre-riforma il datore di lavoro non aveva l'obbligo di indicare la motivazione nella lettera di licenziamento (anche se, in verità, questa disposizione aveva da tempo assunto un valore molto residuale, in quanto integrata dai contratti collettivi nazionali di categoria), ma il lavoratore poteva chiedere, entro 15 giorni dalla comunicazione, i motivi che avevano determinato il recesso. In tal caso, il datore di lavoro doveva, nei 7 giorni dalla richiesta, comunicarli per iscritto. La nuova formulazione dell'articolo 2, comma II, della legge n. 604/1966 prevede ora, a pena di inefficacia, che la comunicazione del licenziamento debba contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato, non essendo più possibile comunicarli in un momento successivo.

Il termine per il ricorso al giudice del lavoro

Il termine di decadenza per il deposito del ricorso giudiziale di impugnazione del licenziamento, ovvero per la comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o 'arbitrato (previsto dall'articolo 6 della legge n. 604/1966, come modificato dall'an. 183/2010), viene ridotto da 270 a 180 giorni, decorrenti dall'impugnazione stragiudiziale del licenziamento che deve essere fatta per iscritto entro 60 giorni dall'intimazione.

La procedura di conciliazione preventiva

Viene introdotta una procedura preventiva di conciliazione obbligatoria per i datori di lavoro. Ai sensi del nuovo articolo 7 della legge n. 604/1966, prima di procedere al licenziamento, il datore di lavoro che abbia i requisiti dimensionali prescritti per l'applicazione dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori (più di 15 dipendenti nella singola unità produttiva 6 nell'ambito comunale o più di 60 nell'ambito nazionale) deve inoltrare una comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il dipendente presta la sua opera. La comunicazione deve essere trasmessa per conoscenza anche al lavoratore²¹⁰.

²¹⁰ La Direzione territoriale convoca il datore di lavoro e il lavoratore nel termine perentorio di 7 giorni dalla ricezione della richiesta. L'incontro si svolge dinanzi alla Commissione di conciliazione prevista dall'articolo 410 del Codice di procedura civile. La comunicazione

Nella comunicazione il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento e indicarne i motivi, nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del dipendente (la cosiddetta "exit package")²¹¹.

Per ovviare al rischio che gli effetti del provvedimento rimangano temporaneamente sospesi a causa della malattia del lavoratore, la riforma prevede che il licenziamento intimato all'esito della procedura produca effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato, salvo il diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. Il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato. È fatto salvo, in ogni caso, l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e paternità e quello derivante da infortunio occorso sul lavoro. Si tratta degli unici casi in cui l'assenza continua a produrre un effetto sospensivo sul licenziamento.

contenente l'invito si considera validamente effettuata quando è recapitata al domicilio che il lavoratore ha indicato nel contratto di lavoro od altro domicilio formalmente comunicato, ovvero è consegnata al dipendente che ne sottoscrive copia per ricevuta. Davanti alla Commissione di conciliazione le parti possono farsi assistere da rappresentanti sindacali, avvocati o consulenti del lavoro. La procedura deve concludersi entro 20 giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo. La riforma prevede, altresì, che in caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro, la procedura possa essere sospesa per un massimo di 15 giorni. Se il tentativo di conciliazione fallisce viene redatto un verbale negativo e il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore. È previsto che il giudice tenga conto del comportamento complessivo delle parti ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria prevista dal nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori nonché ai fini delle spese del giudizio, nell'ipotesi in cui dovesse ritenere illegittimo il licenziamento. Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto, il lavoratore (in deroga alla disciplina ordinaria) avrà diritto alla nuova Aspi (la prestazione sostitutiva dell'indennità di disoccupazione). Si tratta di un meccanismo che, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe incentivare le parti verso la soluzione conciliativa preventiva, con conseguente auspicata diminuzione del contenzioso giudiziale.

²¹¹ La procedura di conciliazione costituisce (per i datori di lavoro che hanno i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori) condizione di "procedibilità" ai fini dell'intimazione del licenziamento.

Si può quindi affermare che surrettiziamente la riforma modificando le sanzioni e reintroducendo il tentativo obbligatorio di conciliazione limita il sindacato del giudice col risultato che il licenziamento sarà meno controllato.

Le tutele contro il licenziamento illegittimo (per g.m.o.)

Cambia profondamente il sistema delle tutele del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, con la sostituzione dei commi dal primo al sesto dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Prima della riforma, nell'ipotesi in cui il giudice accertava l'illegittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (economico) intimato da un datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupava più di 15 dipendenti nella singola unità produttiva o nell'ambito comunale o più di 60 a livello nazionale, ordinava il reintegro del lavoratore e condannava il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal dipendente stabilendo una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettivo reintegro e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali; in: ogni caso la misura minima del risarcimento non poteva essere inferiore a 5 mensilità.

Dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori, nel caso in cui il giudice accerti la illegittimità del licenziamento, qualora il datore di lavoro rientri nei requisiti dimensionali previsti, si possono verificare le seguenti ipotesi, che danno luogo a differenti regimi di tutela e/o sanzionatori.

Se il licenziamento è dichiarato illegittimo per mancata indicazione dei motivi nella lettera di recesso, ovvero per violazione della procedura di conciliazione preventiva introdotta dalla riforma, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione al riguardo. Ma se il giudice accerta, sulla base della domanda del lavoratore, che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento applica, in luogo del regime summenzionato, le tutele previste ai successivi punti (articolo 18, comma 6, Statuto dei Lavoratori).

Nelle ipotesi in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo, condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione al riguardo (articolo 18, comma 7, Statuto dei Lavoratori).

Tuttavia, se viene accertata la "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento, il giudice può annullarlo e condannare il datore di lavoro al reintegro nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il dipendente ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi legali, ma senza applicazioni di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione e per un importo pari al differenziale esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. Resta salvo il diritto del lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione (articolo 18, comma 7, Statuto dei Lavoratori).

Il medesimo regime trova applicazione ai casi in cui il giudice accerti l'infondatezza delle ragioni poste a fondamento del licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore ovvero perché il licenziamento è stato intimato durante il periodo di comporto (articolo 18, comma 7, Statuto dei Lavoratori). Infine, qualora nel corso del giudizio di

impugnazione di un licenziamento formalmente motivato come economico, il giudice accerti che è stato in realtà determinato da ragioni discriminatorie, ovvero da un motivo illecito determinante, trova applicazione la relativa tutela, ovvero sia il reintegro nel posto di lavoro (indipendentemente dal requisito dimensionale) e il pagamento di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il dipendente ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative e, comunque, in misura non inferiore a cinque mensilità, oltre al pagamento dei contributi previdenziali con le relative sanzioni (articolo 18, commi 1 e 2, Statuto dei Lavoratori)²¹².

*§ c). - Il sindacato del giudice sull'effettività delle esigenze
aziendali*

Anche in tale contesto rileva l'operato dei giudici, i quali devono accertare l'effettiva soppressione di una posizione lavorativa all'interno dell'azienda. Dall'analisi della giurisprudenza emerge come la soppressione del posto vada ricondotta sia a scelte organizzative che si risolvono in una modificazione dell'apparato strutturale, sia a scelte organizzative che lasciano inalterato il suddetto apparato. Pertanto le ipotesi che possono legittimare la soppressione del posto ricalcano, in modo speculare, le causali del licenziamento collettivo,

²¹² I regimi di tutela e sanzionatori illustrati (commi da 4 a 7 del nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori), fatta eccezione per le tutele contro il licenziamento discriminatorio che sono universali, trovano applicazione soltanto al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto auto nomo nel quale abbia avuto luogo il licenziamento occupi alla sue dipendenze più di 15 lavoratori, nonché al datore di lavoro che nell'ambito dello stesso comune occupi più di 15 dipendenti, anche se in ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro che occupa più di 60 dipendenti (articolo 18, comma 8. Statuto dei Lavoratori). Pertanto, alle imprese "minori" (cioè prive di questi requisiti) continua trovare applicazione l'articolo 8 della legge n. 604/1966 (tutela cosiddetta "risarcitoria" da 2,5 e 6 mensilità di retribuzione).

ossia la 'riduzione o trasformazione di attività o di lavoro' di cui all'art. 24, I comma, L. 223/1991.

È opinione largamente prevalente che – anche in forza del principio di libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. – le scelte di gestione dell'imprenditore non siano sindacabili da parte del giudice che deve limitarsi ad accertarne la sola effettiva realizzazione e consistenza²¹³. Non può insomma il giudice valutare la convenienza economica o l'indispensabilità della ristrutturazione, riconversione, ecc., che restano nell'esclusiva discrezionalità organizzativa del datore, ma solo verificarne la concreta attuazione²¹⁴. Minoritaria è la tesi che, privilegiando il II rispetto al I comma dell'art. 41 Cost., ritiene oggettivamente giustificato soltanto il licenziamento connesso a scelte *socialmente opportune*, aprendo un ampio varco nell'insindacabilità delle scelte gestionali da commisurare a parametri di non facile individuazione²¹⁵.

Sul punto è da ultimo intervenuto in maniera *tranchant* l'art. 30, I comma, della L. n. 183/2010. La norma afferma che in presenza di clausole generali, tra cui sono espressamente comprese anche le norme in tema di recesso, 'il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali

²¹³ FASANO, *Il controllo giudiziale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5, 2009, 500, che commentando la sentenza del Tribunale di Bergamo, 23 febbraio 2009, ricorda come "il giudice nel valutare le scelte dei criteri di gestione dell'impresa non possa sindacarne le decisioni poiché tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.; spettando al giudice il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore attraverso un apprezzamento dei dati di fatto e delle prove (Cass., 14 dicembre 1998, n. 12554; Cass., 30 maggio 2001, n. 7376)".

²¹⁴ In giurisprudenza Cass., 1 febbraio 2003, n. 1527, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 252; Cass., 23 ottobre 2001, n. 13021, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1790; Cass., 30 marzo 1994, n. 3128, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, II, 173; Cass., 2 febbraio 1988, n. 986, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 2; Cass., 16 dicembre 2000, n. 15894, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2613 che afferma "Il controllo giudiziale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo comparata la verifica dell'assolvimento da parte del datore di lavoro dell'onere di provare l'effettività della dedotta ristrutturazione organizzativa, la sua incidenza sulla posizione rivestita in azienda dal lavoratore licenziato e la non utilizzabilità di quest'ultimo in un altro settore aziendale, ma non può estendersi ad un sindacato sull'opportunità e la congruità delle scelte in materia di assetti produttivi ed organizzativi, rispetto a cui l'imprenditore gode di una riserva di autonomia, garantita dall'art. 41 cost. e non limitata da una contrapposta posizione di vantaggio attribuita al lavoratore dalla legge ordinaria."

²¹⁵ Cass., 18 aprile 1991, n. 4164, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 4.

dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro'²¹⁶.

Il nesso di causalità fra scelta imprenditoriale e licenziamento

In sede giudiziale è invece possibile verificare – e viene così ad esaminare la seconda delle accennate condizioni – la coerenza del licenziamento rispetto alla modifica organizzativa alla stregua delle 'comuni regole tecniche di buona organizzazione': sarebbe quindi giustificato un licenziamento che, secondo tali 'regole', non appaia come conseguenza razionale e indefettibile rispetto alla, pur insindacabile, scelta tecnico-organizzativa, ovvero non sia legato a quest'ultima da uno stretto nesso di causalità (ad es. un lavoratore non interessato da un processo di riorganizzazione)²¹⁷.

Di massima si ritiene che il licenziamento risulti assistito da un giustificato motivo oggettivo soltanto allorquando il lavoratore non possa essere utilizzato su posizioni di lavoro alternative e ciò in un ordine di idee che tende a collocare il licenziamento in un'area di *extrema ratio*²¹⁸.

In linea teorica ed astratta l'onere di provare l'impossibilità di proficuo utilizzo del licenziamento in posti di lavoro diversi cade a carico del datore di lavoro²¹⁹, ma, data la concreta difficoltà di una prova che dovrebbe riguardare tutti i comparti dell'azienda, la giurisprudenza tende ad accontentarsi di elementi

²¹⁶ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 328 e s..

²¹⁷ Cass., 23 gennaio 2003, n. 1008, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 158; Cass., 22 giugno 2000, n. 8515, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, 747.

²¹⁸ Cass., 20 maggio 2009, n. 11720, in *Diritto & Giustizia*, 2009; Cass., 20 novembre 2001, n. 14592, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 452; Cass., 20 dicembre 2001, n. 16106, in *Lavoro nella giur.* (II), 2002, 974; Cass., 3 ottobre 2000, n. 13134, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2081; diversamente Cass., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170, orientamento giurisprudenziale diretto a riconoscere in capo al datore di lavoro un vero e proprio obbligo, anche in assenza di espressa previsione del contratto collettivo, di assegnare al lavoratore, ove disponibili in azienda, diverse mansioni anche inferiori.

²¹⁹ Cass., 23 gennaio 2003, n. 1008, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 158; Cass., 14 dicembre 2002, n. 17928, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2199; Cass., 18 novembre 1998, n. 11646, in *Dir. lav.* 2000, II, 31.

probatori presuntivi, ritenendo, ad es., sufficiente la dimostrazione di non aver proceduto ad assunzioni o tutt'al più della mancata liberazione di posti nel periodo del licenziamento²²⁰. In ogni caso si chiede una prova di tipo 'statico', riferita allo stato dell'organizzazione del lavoro e non alle ipotetiche modifiche organizzative che il datore potrebbe attuare per reperire nuove possibilità occupazionali²²¹.

§ d). - Il giustificato motivo oggettivo e le vicende del lavoratore

Come anticipato, il giustificato motivo oggettivo non attiene esclusivamente all'attività aziendale ed all'organizzazione del lavoro: anche vicende soggettive possono rientrarvi qualora comportino comunque un oggettivo impedimento al regolare funzionamento dell'attività aziendale. Il problema diviene rilevante allorquando situazioni del lavoratore si ripercuotono negativamente sull'attività e sull'organizzazione aziendale: si pensi all'ipotesi di carcerazione preventiva per fatto estraneo agli obblighi verso il datore di lavoro, che per la sua durata diviene impeditiva della regolare funzionalità aziendale, o anche al ritiro della patente per un autista²²² o, ancora, alla sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore a svolgere mansioni²²³.

La carcerazione preventiva

²²⁰ Cass., 27 febbraio 2004, n. 4050, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, II, 896; Cass., 15 luglio 2002, n. 10256, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1223; Cass., 23 ottobre 2001, n. 13021, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1790; Cass., 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 88; Cass., 3 giugno 1994, n. 5401, in *Notiziario giur. lav.*, 1994, 666 e Cass., 8 marzo 1990, n. 1875, in *Notiziario giur. lav.*, 1990, 555.

²²¹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 329 e s..

²²² Cass., 19 dicembre 1998, n. 12719, in *Notiziario giur. lav.*, 1999, 212.

²²³ Cass., 20 novembre 2000, n. 14964, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 343.

Secondo la giurisprudenza prevalente le assenze del lavoratore per carcerazione preventiva non integrano di per sé una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo del licenziamento, ma possono determinare una sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione a norma dell'art. 1464 cod. civ., la cui idoneità estintiva del rapporto va valutata in relazione alle dimensioni dell'impresa, al tipo di organizzazione tecnico produttiva, alla durata ragionevolmente prevedibile dell'assenza, alla natura e fungibilità delle mansioni del lavoratore detenuto²²⁴.

Ai sensi dell'art. 102 *bis* cod. proc. pen., introdotto dalla L. n. 332/1995, sul datore di lavoro grava l'obbligo di reintegrare il lavoratore licenziato per essere stato sottoposto a misure cautelari (carcerazione preventiva o arresti domiciliari) *'qualora venga pronunciata in suo favore sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere, ovvero venga disposto provvedimento di archiviazione'*²²⁵.

L'eccessiva morbilità

Altra questione di rilievo concerne il fenomeno delle brevi malattie reiterate in relazione alle quali si è posto il problema della loro riconducibilità alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo, qualora le assenze, considerate le dimensioni aziendali o la difficile sostituibilità del dipendente, determinino un pregiudizio per il regolare funzionamento dell'attività aziendale.

La Suprema Corte a Sezioni Unite²²⁶ è intervenuta nel complesso dibattito giurisprudenziale ed ha definitivamente escluso che le assenze per malattia possano essere qualificate giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Nel

²²⁴ Cass., 5 settembre 2008, n. 22536, in *Diritto & Giustizia*, 2008; Cass., 11 gennaio 1995, n. 266, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, II, 667; Cass., 30 marzo 1994, n. 3118, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 419 (s.m.); Cass., 15 dicembre 1988, n. 6826, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 12.; Cass., 10 agosto 1987, n. 6859, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 174.; Trib. Milano, 24 dicembre 1996, in *Riv. critica dir. lav.*, 1997, 637. Per un commento sul tema, Girardi, *Carcerazione del dipendente e licenziamento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 9, 2009, 906.

²²⁵ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 330.

²²⁶ Cass., S.U., 29 marzo 1980, n. 419, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 1.

nostro ordinamento la malattia del lavoratore subordinato ha una sua specifica disciplina alla quale occorre far riferimento anche per le malattie plurime che si susseguono ad intervalli di tempo; ciò vuol dire che non è possibile licenziare per giustificato motivo oggettivo prima del decorso del termine di comporta di cui all'art. 2110 cod. civ.²²⁷.

§ e). - Licenziamenti per giustificato motivo soggettivo

La definizione del giustificato motivo – che può essere come anzidetto ‘soggettivo’ o ‘oggettivo’ – è contenuta nell'art. 3 della L. 604/1966.

Il giustificato motivo soggettivo di licenziamento si realizza quando il prestatore di lavoro incorre in un *‘notevole inadempimento degli obblighi contrattuali’* che legittima il licenziamento con preavviso, sì da differenziarsi dalla giusta causa che esclude il preavviso in quanto non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro.

Per chi ritiene che il concetto di giusta causa identifichi soltanto un *inadempimento* contrattuale, la differenza con il giustificato motivo suriettivo è soltanto quantitativa: il giustificato motivo si caratterizzerebbe univocamente per la minore gravità dell'inadempimento capace di consentire la prosecuzione del rapporto²²⁸. Chi, viceversa, sostiene che la giusta causa abbracci altresì quei comportamenti extracontrattuali idonei a ledere la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti, dovrà concludere che la differenza è anche qualitativa: in tale prospettiva la giusta causa comprende sia ipotesi di giustificato motivo ‘aggravato’, sia fatti o comportamenti estranei ad un inadempimento ‘attuale’²²⁹. L'inadempimento posto a base del giustificato motivo può riguardare tutti e soli gli obblighi discendenti dal contratto di lavoro, vale a dire quelli relativi alla prestazione lavorativa con i corollari della diligenza nella fase preparatoria ed

²²⁷ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 330 e s..

²²⁸ Cass., 9 novembre 2000, n. 14551, in *Lavoro nella giur.* (II), 2001, 133.

²²⁹ Cass., 13 aprile 2002 n. 5332, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 640.

esecutiva, nonché gli obblighi accessori della correttezza e buona fede, di non divulgazione di notizie aziendali e di non concorrenza.

Peraltro solo un inadempimento *'notevole'* integra gli estremi del giustificato motivo, avendo il legislatore affidato all'aggettivo *'notevole'* la funzione di distinguere l'inadempimento risolutivo da quello non risolutivo (sanzionabile con le minori sanzioni disciplinari). Il criterio di identificazione del carattere *'notevole'* dell'inadempimento va individuato nel grado di colpa del lavoratore (da valutare con riferimento a tutte le circostanze del caso concreto) e non nell'*'utilità'* del datore compromessa dall'inadempimento²³⁰.

Invero nella definizione del giustificato motivo soggettivo manca del tutto il richiamo all'interesse dell'altra parte che invece rappresenta un elemento della fattispecie contemplata nell'art. 1455 cod. civ. secondo cui, ai fini della risoluzione del contratto, viene valorizzato come esclusivo punto di riferimento valutativo l'interesse del creditore. Lungo questa linea direttrice si è pure sostenuto che, per quanto sia apprezzabile a livello metodologico il raffronto tra il criterio della notevolezza stabilito dall'art. 3 della L. n. 604/1966 e quello della *'non scarsa importanza'* dell'inadempimento fissato in generale dall'art. 1455 cod. civ., resta preclusa qualsiasi coincidenza tra i due criteri proprio perché esplicitati con locuzioni diverse²³¹.

Lo scarso rendimento

Tra le mancanze più rilevanti che possono condurre al licenziamento per giustificato motivo soggettivo la giurisprudenza annovera lo scarso rendimento, ma solo nel caso in cui integri gli estremi del notevole inadempimento. Non è dunque sufficiente un comportamento del lavoratore che si concretizzi in una cattiva qualità o una bassa qualità della prestazione resa.

²³⁰ v. Cass., 7 luglio 2004 n. 12508, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 562; Cass., 21 maggio 2002, n. 7462, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 894; Cass., 26 settembre 1995, n. 10187, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 83.

²³¹ In tal senso si veda anche Cass., 14 gennaio 2003, n. 444, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 82.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria perché sia configurabile il notevole inadempimento è necessario accertare, sulla base delle allegazioni probatorie fornite dal datore di lavoro, la contemporanea presenza di un comportamento colposo del lavoratore, posto in essere in violazione delle regole di prudenza e di diligenza, la non riferibilità dello scarso rendimento a ragioni inerenti l'organizzazione aziendale e l'esigibilità del rendimento non garantito dal lavoratore²³².

Talvolta la giurisprudenza ha ritenuto che lo scarso rendimento possa rilevare anche come giustificato motivo oggettivo di licenziamento allorché esso cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione²³³.

Il rifiuto di sottoscrivere la trasformazione da full time a part time

Il legislatore ha espressamente escluso la configurabilità di un giustificato motivo di licenziamento nel caso di rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, ex art. 5, I comma, D. Lgs. N. 61/2000). Sempre con riguardo alla tipologia del lavoro *part-time* ha altresì stabilito che l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore interessato ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo e che l'eventuale rifiuto dello stesso non integra gli estremi del giustificato motivo di licenziamento (art. 3, III comma). Parimenti il rifiuto da parte del lavoratore di stipulare il patto concernente le c.d. clausole flessibili non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento (art. 3, IX comma)²³⁴.

²³² Cass., 22 gennaio 2009, n. 1632, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, 102; Cass., 22 febbraio 2006, n. 3876, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, 4, 497; Cass., 9 settembre 2003, n. 13194, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 368; v. anche Cass., 3 maggio 2003, n. 6747, in *Dir. lav.*, 2005, II, 98 secondo cui la negligenza può essere provata anche solo attraverso presunzioni.

²³³ Cass., 5 marzo 2003, n. 3250, in *Riv. it. dir. lav.* 2003, II, 689; v. anche Cass., 25 luglio 2003, n. 11556, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, II, 142.

²³⁴ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 326 e s..

SEZ. 3). - NELLE IPOTESI DI LICENZIAMENTO LIBERO (C.D. *AD NUTUM*)

Sussistono nel nostro ordinamento delle zone residuali del recesso *ad nutum*, ex art. 2118 cod. civ. (riguardanti, ad esempio, i dirigenti, i lavoratori domestici, i lavoratori ultrasessantenni con diritto a pensione), che non trovano fondamento in un motivo necessariamente giustificato²³⁵.

§ a). - Licenziamento del dirigente

Dall'art. 10, L. n. 604/1966, si desume che non godono della tutela legislativa contro i licenziamenti ingiustificati – e sono, quindi, licenziabili *ad nutum* – i dirigenti amministrativi e tecnici, cui non si applica né l'art. 18 St. lav. né la L. 604/1966. L'esclusione è stata ritenuta costituzionalmente legittima in virtù del particolare vincolo fiduciario che contraddistingue il rapporto dei dirigenti e che rende improponibile una prosecuzione di tale rapporto con soggetti che non godono più della completa fiducia da parte del datore²³⁶. Per espressa previsione dell'art. 3, II comma, della L. n. 108/1990, i dirigenti godono, invece, della tutela contro i licenziamenti discriminatori e il datore di lavoro è tenuto comunque all'obbligo di comunicare il licenziamento in forma scritta (art. 2, II comma, L. n. 108/1990)²³⁷.

Occorre inoltre precisare che la mancata applicazione della disciplina legislativa sui licenziamenti individuali è compensata da una diffusa tutela prevista dalla contrattazione collettiva di categoria che, in caso di recesso privo di

²³⁵ Per una disamina della casistica antecedente alle leggi 604/'66 e 300/'70: AMORE, DE LA FOREST, DE TOMMASO, PIERI, PRANZETTI, RICCI, SAFFIRIO, *Manuale di casistica dei diritto del lavoro privato subordinato*, diretto da Mario Longo, Un. Tipografico, Torino.

²³⁶ Corte Cost., 6 luglio 1972, n. 121, in *Foro it*, 1972, I, 2730.

²³⁷ Alla forma scritta del licenziamento (prescritta dall'art. 2, I comma l. n. 604 del 1966 che si applica anche ai dirigenti) la Corte cost. attribuisce un «essenziale valore» - ovvero una garanzia informata al rispetto della personalità umana, indice «del valore spettante al lavoro nella moderna società industriale» (Corte cost. n. 174/1971; Corte cost. n. 176/1986.) - che esige di essere rispettato anche laddove, «proprio a causa del più diretto rapporto con il datore di lavoro, questi finisca per trascurare elementi formali» (Corte cost. n. 398/1994).

“giustificatezza”, riconosce al dirigente il diritto ad un’indennità supplementare. A tali fini la contrattazione di categoria prevede a carico del datore di lavoro l’obbligo di comunicare per iscritto la motivazione del licenziamento. In merito ai contenuti della nozione di “giustificatezza”, la giurisprudenza di legittimità è solita escludere una sovrapposizione con le nozioni legali di “giusta causa” e di “giustificato motivo”, ritenendo che la “giustificatezza” sia da valutare, in ragione del carattere fiduciario del rapporto dirigenziale, secondo buona fede e correttezza, ovvero da individuare nella mera assenza di comportamenti pretestuosi da parte del datore di lavoro²³⁸.

La contrattazione collettiva di alcuni settori ha inoltre riconosciuto ai dirigenti la possibilità di ricorrere ad un Collegio di conciliazione e di arbitrato per l’accertamento della giustificatezza o meno del licenziamento: nella seconda ipotesi – ferma restando la validità del licenziamento – il Collegio ha facoltà di condannare il datore di lavoro al pagamento dell’indennità supplementare, di natura risarcitoria, il cui *quantum* oscilla tra un minimo ed un massimo di mensilità di retribuzione predeterminato dalla contrattazione collettiva.

Le diverse figure dirigenziali

In dottrina è stata prospettata l’opportunità di distinguere, nell’affollato quadro delle posizioni dirigenziali, tra dirigenza autentica e dirigenti di livello inferiore – le cui mansioni non hanno le caratteristiche proprie del rapporto dirigenziale – , in sostanza equiparabili agli impiegati di grado elevato e che andrebbero perciò tutelati dalla disciplina limitativa dei licenziamenti e non mediante la sola previsione della suddetta indennità²³⁹.

A questa distinzione peraltro si è uniformata parte della giurisprudenza di legittimità, affermando che il regime legale di libera recedibilità non vale per i c.d. pseudo-dirigenti, ovvero i dipendenti ai quali è riconosciuta la qualifica

²³⁸ Cass., 23 febbraio 2002, n. 2639, in *Notiziario giur. Lav*, 2002, 361; Cass., 3 aprile 2002, n. 4729, in *Foro it.*, 2002, I,1682; Cass., 8 novembre 2001, n. 13839, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, 92.

²³⁹ Cass., 9 aprile 2003, n. 5526, in *Notiziario giur. lav.*, 2003, 470.

formale di dirigente senza però che le mansioni concretamente svolte siano quelle proprie della qualifica dirigenziale²⁴⁰. È stata poi elaborata sulla scorta di quanto prospettato in dottrina, un'ulteriore distinzione, tutt'interna alla categoria dirigenziale, tra dirigenti apicali, veri e propri *alter ego* del datore di lavoro in ragione della posizione di vertice ricoperta e dell'autonomia riconosciuta²⁴¹, assoggettati al regime legale di libera recondibilità ed altri dirigenti destinatari della disciplina vincolistica²⁴².

§ b). - Licenziamento durante il periodo di prova

Sempre ai sensi dell'art. 10, L. n. 604/1966, la disciplina vincolistica dei licenziamenti non si applica in favore dei lavoratori assunti in prova²⁴³ con il limite che tale tutela riprende comunque vigore quando siano decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro: la Corte Costituzionale²⁴⁴ ha tratto spunto dalla causa specifica del patto di prova rispetto al contratto definitivo per disattendere l'eccezione di incostituzionalità al riguardo sollevata. In epoca successiva la Corte Costituzionale²⁴⁵ ha ulteriormente ribadito la legittimità della norma, asserendo però che il licenziamento nel periodo di prova può essere contestato in via giudiziale quando risulti che non è stata consentita, per l'inadeguatezza della durata della prova o per altri motivi illeciti, quella verifica del comportamento e delle qualità professionali del lavoratore alla quale il patto

²⁴⁰ Cass., 15 febbraio 1992, n. 1836, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 457.

²⁴¹ Alcuni contratti collettivi prevedono per i dirigenti una indennità corrisposta automaticamente nel caso di licenziamenti determinati da crisi aziendale accertata in via amministrativa.

²⁴² Cfr. Cass., 9 aprile 2003, n. 5526, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4; Cass., 28 maggio 2003, n. 8486, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Cass., 23 giugno 2003, n. 9968, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6; Cass., 9 agosto 2004, n. 15351, in *Notiziario giur. lav.*, 2005, 223; Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 3, II, 617. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 360 e ss..

²⁴³ Cass., 16 agosto 2000, n. 10834, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1800.

²⁴⁴ Corte Cost., 28 luglio 1976, n. 204, in *Foro it.*, 1976, I, 2064.

²⁴⁵ Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 189, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, 486.

di prova è preordinato. In sostanza non può essere sindacato l'esito della prova la cui valutazione è di competenza esclusiva del datore, ma soltanto la concreta e congrua effettuazione della sperimentazione²⁴⁶.

§ c). - Licenziamento dei lavoratori domestici

L'art. 4 della L. n. 108/1990 esclude altresì l'applicazione dell'art. 18 St. lav. e della L. n. 604/1966 ai "rapporti disciplinati dalla L. 2 aprile 1958, n. 339" cioè a dire ai rapporti di lavoro domestico per i quali resta operante l'art. 2118 cod. civ.. Il fatto che detta legge si riferisca ai domestici che prestano attività per almeno 4 ore non può essere addotto a sostegno della inapplicabilità della disciplina vincolistica (solo) a tali lavoratori: al di là della infelice formulazione sembra evidente l'intervento legislativo di escludere da tale applicabilità tutta una categoria di prestatori che, per essere inseriti all'interno di una comunità familiare o simile, devono necessariamente mantenere una piena sintonia anche personale con il datore di lavoro e con la predetta comunità²⁴⁷.

§ d). - Licenziamento dei lavoratori ultrasessantenni in prossimità della pensione

Restano privi delle garanzie derivanti dall'art. 18 St. lav. e dalla L. n. 604/1966 i lavoratori "ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto ai sensi dell'art. 6 della L. 26 febbraio 1982 n. 54, ai quali viene però riconosciuta la tutela reale ex art. 18 St. lav., a prescindere dai requisiti dimensionali, qualora il licenziamento sia fondato su questioni discriminatorie" (v. art. 4, II comma, della L. n. 108/1990). La L. 26 febbraio 1982, n. 54 (art. 6) ha attribuito ai lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici, ma che non abbiano raggiunto l'anzianità contributiva

²⁴⁶ Si veda in tal senso GIRADI, *Patto di prova e licenziamento*, 3, 2009, 266 e ss..

²⁴⁷ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 363.

massima utile prevista dai singoli ordinamenti previdenziali, il diritto di optare per la prosecuzione del rapporto fino al conseguimento del predetto massimo e comunque non oltre il sessantacinquesimo anno di età.

Una simile facoltà può essere esercitata quando il lavoratore ottiene qualsiasi trattamento pensionistico, anche d'invalidità, posto che il suddetto art. 6, facendo riferimento generico alla pensione, non introduce un distinguo tra i vari trattamenti pensionistici²⁴⁸.

I lavoratori che esercitano la facoltà di opzione beneficiano delle garanzie previste dagli artt. 1 e 2 della L. n. 108/1990 sino al raggiungimento della massima anzianità contributiva e in ogni caso non oltre il sessantacinquesimo anno di età. Identiche garanzie sono state successivamente estese dalla L. n. 407/1190 (art. 6) a favore dei dipendenti che non richiedono la liquidazione di una pensione di vecchiaia, ai quali è data la possibilità di prestare lavoro fino al compimento del sessantaduesimo anno di età, anche quando abbiano conseguito la massima anzianità contributiva. Il limite di età previsto per tale seconda opzione è stato elevato fino al sessantacinquesimo anno di età dall'art. 1, Il comma, del D. Lgs. n. 503/1992²⁴⁹.

§ e). - Contratti a termine, atleti professionisti e apprendisti

Risultano altresì pacificamente sottratti alla normativa in esame i lavoratori assunti con contratto a termine nonché gli atleti professionisti considerati lavoratori subordinati²⁵⁰.

Alla stregua di quanto stabilito dalla Corte costituzionale²⁵¹, il regime limitativo dei licenziamenti si estende anche agli apprendisti nel corso del periodo di

²⁴⁸ In tal senso cfr. Cass., 6 febbraio 1987, n. 1242, in *Dir. lav.*, 1988, II, 130. In precedenza per l'incostituzionalità del licenziamento *ad nutum* dell'ultrasessantacinquenne: Corte Cost., 7 luglio 1986, n. 176, in *Foro it.*, 1986, I, 2085.

²⁴⁹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 363.

²⁵⁰ Il problema è stato testualmente risolto in senso negativo dall'art. 4, VIII comma, della L. n. 91/1981.

apprendistato, avendo tuttavia la Corte precisato che, alla fine di tale periodo, il datore può liberamente recedere *ex art. 2118 cod. civ.*²⁵².

SEZ. 4) - IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO ED I PERIODI DI IRRECEDIBILITÀ

Il potere di recesso del datore di lavoro non solo è vincolato a taluni presupposti causali, ma incontra anche limiti temporali. La personalità del lavoratore può venire in gioco, anzitutto, nell'ambito del rapporto obbligatorio quando il presupposto del licenziamento consiste in un inadempimento ossia nell'incapacità (professionale) del lavoratore di tener fede ai patti contrattuali. Ma può addirittura accadere che, a prescindere dalle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro, il licenziamento risulti lesivo della persona del lavoratore sotto il profilo – più immediato – della sua dignità ed identità (licenziamento discriminatorio)²⁵³.

La fattispecie del licenziamento discriminatorio tra origine dal coordinamento delle previsioni contenute nell'art. 4, L. n. 604/1966, secondo cui il licenziamento determinato da 'ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacale è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta', e nell'art. 15 St. lav. – come modificato dall'art. 13 della L. n. 903/1977 e dall'art. 4 del D. Lgs. n. 216/2003 – che stabilisce la nullità di qualsiasi atto o patto diretto 'a licenziare un lavoratore a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero', nonché dei licenziamenti attuati 'a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali'.

Un regime sanzionatorio più efficace è stato introdotto dall'art. 3 della L. 108/1990 che ribadisce la nullità dei licenziamenti discriminatori,

²⁵¹ Cfr. Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 169, in *Orientamento giur. lav.*, 1973, 940.

²⁵² CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, Torino, 2011, 362.

²⁵³ NOGLER, *op. cit.*, 2007, 593 ss..

‘indipendentemente dalla motivazione adottata’ (sull’onere probatorio) e nel contempo considera applicabile la sanzione ‘reintegratoria’ qualunque siano i livelli occupazionali dell’impresa o dell’unità produttiva. Di rilievo a tal proposito, è l’espressa estensione della tutela reale anche ai dirigenti ‘discriminati’ che potrebbero, quindi, eccezionalmente richiedere la reintegrazione in servizio, in luogo del pagamento della c.d. indennità supplementare prevista dai contratti collettivi²⁵⁴ per l’ipotesi di licenziamento ingiustificato. L’obbligo di reintegra concerne anche i lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici e che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto ai fini di conseguire l’anzianità contributiva massima (art. 4, II comma, L. n. 108/1990).

Il licenziamento per motivo illecito

In applicazione della disciplina generale del negozio giuridico deve ritenersi nullo anche il licenziamento sorretto da motivo illecito determinante (ad es., licenziamento di ritorsione per una rivendicazione giudiziale avanzata dal lavoratore o per l’avvenuto esercizio della libertà di manifestazione del pensiero nei luoghi di lavoro²⁵⁵) in forza dell’art. 1345 cod. civ., norma la cui operatività non è in alcun modo delimitata e che risulta applicabile in virtù dell’art. 1324 cod. civ. anche agli atti unilaterali.

In base ai principi codicistici il motivo illecito rileva solo se è l’unico determinante. Sicché la giurisprudenza afferma che il licenziamento è, comunque, valido se è giustificato ovvero in quanto supportato da una valida giusta causa o da un valido giustificato motivo²⁵⁶.

La nullità del licenziamento comporta la realizzazione di una tutela di diritto comune: il rapporto di lavoro non si estingue ed al lavoratore rimasto a

²⁵⁴ Cass., 4 gennaio 2000, n. 22, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, 349.

²⁵⁵ v. Cass., 28 aprile 1995, n. 4747, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 924, nonché Trib. Roma, 19 ottobre 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 876.

²⁵⁶ Cass., 22 agosto 2003, n. 12349, in *Notiziario giur. lav.*, 2004, 1; Cass., 6 maggio 1999, n. 4543, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 615.

disposizione per l'esecuzione della prestazione (ovvero colui che oltre ad aver impugnato il licenziamento ha messo in mora il datore di lavoro) spettano tutte le retribuzioni.

Emerge dunque il permanente rilievo che il divieto di licenziamento per motivo illecito riveste nell'area di residua operatività della libera recedibilità e nei confronti dei rapporti assoggettati alla più debole tutela obbligatoria.

Il licenziamento in frode alla legge

Anche il licenziamento in frode alla legge è considerato nullo (*ex art. 1344 cod. civ.*) in ragione dell'illiceità della causa in quanto diretto ad eludere l'applicazione di una norma imperativa (ad es. quello intimato prima del trasferimento d'azienda seguito dall'immediata riassunzione presso il cessionario per aggirare l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ.²⁵⁷)²⁵⁸.

I periodi di irrecedibilità

Altro caso di limitazioni del licenziamento che va oltre i limiti di carattere generale configurando una "stabilità" temporanea e aggiuntiva rispetto a quella espressa dalla L. 604/1966 e dall'art. 18 St. lav. è quella mossa dalla ragione di fondo che presiede all'impostazione di simili vincoli ed è legata alla tutela di diritti fondamentali del lavoratore, quale individuo e cittadino, costituzionalmente rilevanti e preminenti sull'obbligazione lavorativa, come il diritto alla salute o all'assolvimento del servizio militare, di cariche politiche o sindacali.

Nel periodo di sospensione del rapporto di lavoro con diritto alla conservazione del posto (c.d. periodo di comporta) il datore di lavoro, oltre a non fruire della prestazione lavorativa, non può neppure esercitare l'*ordinaria* facoltà di recesso.

²⁵⁷ cfr. Cass., 21 luglio 1984, n. 4291, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 7; Cass., 14 luglio 1984, n. 4132, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc. 3.

²⁵⁸ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op.cit.*, Torino, 2011, 332 e s..

Le ipotesi principali di limitazione temporanea del potere di licenziare sono elencate nell'art. 2110 cod. civ., che attiene all'impossibilità sopravvenuta per malattia, infortunio, gravidanza e puerperio, mentre deve considerarsi oggi residuale la previsione dell'art. 2111 cod. civ., che si riferisce all'inesigibilità per servizio militare.

La previsione d'irrecedibilità durante il periodo di sospensione dal lavoro non esclude però, la possibilità di licenziamento per giusta causa²⁵⁹, ma solo del recesso *ad nutum* e di quello per giustificato motivo. Ovviamente nei periodi d'irrecedibilità coincidenti con la sospensione del rapporto la giusta causa può riguardare solo la violazione di obblighi accessori (svolgimento di attività lavorativa presso terzi incompatibile con il recupero delle energie lavorative²⁶⁰, violazione del divieto di concorrenza, mancata osservanza delle cautele per il recupero delle energie psicofisiche, ecc.)²⁶¹, a meno che l'inadempimento dell'obbligazione principale verificatosi in precedenza venga a conoscenza del datore di lavoro solo durante il periodo di sospensione.

L'unico fatto oggettivo – cioè non riguardante comportamenti del lavoratore ma vicende aziendali – ritenuto capace di estinzione durante il contratto (cui fa esplicito rinvio il D. Lgs. sui congedi parentali) è la cessazione dell'attività aziendale²⁶² che, nel provocare la disgregazione definitiva dell'azienda,

²⁵⁹ Cass., 27 febbraio 1998, n. 2209, in *Notiziario giur. lav.*, 1998, 446; Cass., 22 febbraio 1995, n. 2019, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 136; Cass., 19 dicembre 1988, n. 6907, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc.12. Per la lavoratrice madre v. Cass., 6 agosto 2001, n. 10881, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1556; Cass., 21 settembre 2000, n. 12503, in *Lavoro nella giur. (II)*, 2001, 343; Cass., 20 gennaio 2000, n. 610, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, 363; in caso di malattia del lavoratore v. Cass., 6 agosto 2001, n. 10881, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 769.

²⁶⁰ Cass., 16 giugno 1994, n. 5833, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 6; v. anche Cass., 13 aprile 1999, n. 3647, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 839, secondo cui grava sul prestatore di lavoro l'onere di provare che l'attività lavorativa svolta sia compatibile con il recupero delle normali energie lavorative.

²⁶¹ Cass., 17 giugno 1983, n. 4179, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 350.

²⁶² Anche di un solo ramo di attività: Cass., 19 dicembre 1986, n. 7752, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 12 (*tesi estensiva*); *contra* solo in caso di cessazione totale: Cass., 7 febbraio 1992, n. 1334, in *Orient. giur. lav.*, 1992 I,142 (*tesi restrittiva*).

determina l'impossibilità materiale della prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

Licenziamento per superamento del periodo di comportamento

Se il licenziamento viene intimato nel corso del periodo di comportamento – fatte salve le ipotesi di giusta causa e di cessazione dell'attività aziendale – dottrina e giurisprudenza dominanti lo considerano inefficace²⁶³: ciò significa solo che il licenziamento automaticamente, e senza bisogno di essere reiterato, riprenderà efficacia al termine dell'evento protetto o comunque del periodo d'irrecedibilità. Non mancano però pronunce che affermano la *nullità* (non sanabile al termine del periodo di comportamento) per motivo illecito o per violazione della legge, sostenendosi talvolta l'applicazione delle conseguenze sanzionatorie dell'art. 18 St. lav.²⁶⁴.

Sugli effetti dell'impossibilità della prestazione che perduri oltre il periodo di comportamento dottrina e giurisprudenza hanno espresso ancora una volta opinioni diverse. Secondo un'opinione minoritaria sarebbe applicabile il meccanismo della risoluzione automatica del rapporto²⁶⁵. Secondo altro orientamento, il datore potrebbe licenziare solo se il protrarsi dell'impossibilità integri un giustificato motivo oggettivo determinato da un concreto impedimento al regolare funzionamento dell'azienda, da valutare caso per caso²⁶⁶.

L'opinione prevalente ritiene che, nel caso di protrazione dell'impossibilità (ad es. malattia), il datore di lavoro possa recedere dal rapporto allegando il mero

²⁶³ Cass., 4 luglio 2001, n. 9037, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 766; Cass. 26 settembre 1994, n. 7868, in *Foro it.*, 1995, I, 171; Cass., 10 febbraio 1993, n. 1657, in *Notiziario giur. lav.*, 1993, 398; Cass. 17 dicembre 1987, n. 9375, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 12.; Cass., 1 ottobre 1982, n. 5048, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 791.

²⁶⁴ Cass., 21 settembre 1991, n. 9869, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 693; Cass., 12 febbraio 1981, n. 875, *Mass. giur. lav.*, 1981, 348; *Contra* Cass., 4 luglio 2001, n. 9037, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 766.

²⁶⁵ Cass., 29 marzo 1982, n. 1958, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 1.

²⁶⁶ Secondo Pret. Roma, 10 aprile 1998, in *Giur. lav. Lazio*, 1998, 60 sarebbero invece applicabili agli artt. 1156 1464 cod. civ..

superamento del periodo di comporto che opererebbe, in sostanza, come un giustificato motivo obiettivo 'predeterminato'²⁶⁷. L'ipotesi trova sovente esplicita regolamentazione dei contratti collettivi, dove viene menzionata tra i fatti che concretizzano una sorta di giustificato motivo²⁶⁸.

Matrimonio

L'irrecedibilità è stabilita dal legislatore anche nei periodi che precedono e seguono immediatamente il matrimonio della lavoratrice. L'art. 35 del D. Lgs. n. 198/2006 (che recepisce la L. 7/1963) afferma, infatti, il divieto di licenziamento della lavoratrice al momento delle pubblicazioni del matrimonio fino ad un anno dopo la celebrazione dello stesso. Onde evitare che il licenziamento per causa di matrimonio venga coperto da "formali" dimissioni della lavoratrice (in realtà imposte dal datore) sono ritenute nulle le dimissioni rassegnate nel medesimo periodo, a meno che esse non vengano confermate entro un mese presso l'Ufficio del lavoro. Dal divieto di licenziamento per matrimonio sono escluse soltanto le lavoratrici domestiche (art. 35, comma IX, D. Lgs. n. 198/2006).

Nel caso in esame il rapporto non si trova in fase di sospensione perché la lavoratrice è tenuta a svolgere la propria prestazione lavorativa. Tuttavia il divieto di recesso è imposto per bloccare qualsiasi valutazione del datore circa la convenienza dell'ulteriore occupazione della lavoratrice nel timore di una futura maternità o, più in generale, della minore disponibilità della lavoratrice per il suo *status* familiare.

Sul versante sanzionatorio l'art. 35 del D. Lgs. n. 198/2006, nel sancire la nullità del licenziamento (e/o delle dimissioni), stabilisce espressamente che alla lavoratrice licenziata per causa di matrimonio spetta la retribuzione dal licenziamento fino all'effettivo ripristino del rapporto.

²⁶⁷ Cass., 8 maggio 2003, n. 7047, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Cass., 29 marzo 1982, n. 195, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 1..

²⁶⁸ Sulla validità di tali clausole v. da ultimo Cass., 14 dicembre 1982, n. 6879, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 12.

Maternità e paternità

Un divieto generale di licenziamento è contemplato, a pena di nullità, dall'art. 54 del D. Lgs. n. 151/2001 anche per la lavoratrice madre e per il lavoratore padre, rispettivamente dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del congedo di maternità, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino, per la prima (I comma), e per la durata del congedo di paternità e fino al compimento di un anno di età del bambino, per il secondo (VII comma)²⁶⁹. La Corte Costituzionale²⁷⁰ pronunciandosi sull'art. 2 della L. 30 dicembre 1971, n. 1204 (ora confluito nel citato art. 54 del D. Lgs. n. 151/2001) aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di quella norma nella parte in cui prevedeva la mera inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e puerperio. La Consulta aveva ricollegato questa più intensa tutela alla necessità di evitare che la donna lavoratrice, di fronte ad una sorta di licenziamento "annunciato", si venisse a trovare in una condizione di grave turbamento, che ne può alterare l'equilibrio psicofisico, con il pericolo di ripercussioni sulla gestazione e, successivamente, anche sullo sviluppo del bambino.

Il lavoratore licenziato nel corso del periodo di operatività del divieto deve presentare al datore di lavoro idonea documentazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento delle condizioni che lo vietavano (II comma).

Si sancisce altresì la nullità del licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore (VI comma).

Nell'ipotesi di adozione e di affidamento il divieto di licenziamento si applica fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, in caso di fruizione del congedo di maternità o di paternità (IX comma). In queste ipotesi, a differenza del divieto di licenziamento della lavoratrice per causa di

²⁶⁹ v. Cass., 1 giugno 2004, n. 10531, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 6.

²⁷⁰ Corte Cost., 8 febbraio 1991, n. 61, in *Dir. e pratica lav.*, 1991, 631.

matrimonio, il legislatore si limita a sancire la nullità del recesso. Ciò ha portato a ritenere, in applicazione dei principi codicistici, che il licenziamento sia improduttivo di effetti con conseguente diritto a percepire le retribuzioni maturate dal licenziamento all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro²⁷¹.

Il divieto di licenziamento per matrimonio e per maternità / paternità non si applica però nel caso: *a*). di colpa grave costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; *b*). di cessazione dell'attività dell'azienda; *c*). di ultimazione della prestazione per la quale si è stati assunti o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine; cui si aggiunge, espressamente per il solo caso della maternità e della paternità, il caso *d*). di esito negativo della prova (III comma).

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 495 del 2001²⁷² ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 24 D. Lgs. 151/2001 nella parte in cui esclude la corresponsione dell'indennità di maternità nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa intimato durante il periodo di irrecidibilità²⁷³.

SEZ. 5) –IL TEMA DEL FATTO MATERIALE E DEL FATTO GIURIDICO (L'ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI BOLOGNA DEL 15 OTTOBRE 2012 A SEGUITO DELLA RIFORMA FORNERO)

Come visto nei paragrafi precedenti la riforma sui licenziamenti del ministro Fornero lascia aperti diversi spazi all'operato del giudice di merito. Ora - a distanza di qualche mese dall'introduzione della riforma - iniziano ad essere enunciate le prime pronunce dei Tribunali di merito in applicazione della riforma. Particolarmente interessanti sono quelle che rendono «*insussistente il fatto contestato*» alla base del licenziamento disciplinare, insussistenza che consente al giudice di applicare la sanzione della reintegrazione nel posto di

²⁷¹ Così espressamente Cass., 15 settembre 2004, n. 18537, in *Lavoro nella giur.* (II), 2005, 237.

²⁷² Corte Cost., 14 dicembre 2001, n. 495, www.giurcost.it (10 novembre 2011).

²⁷³ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op.cit.*, Torino, 2011, 333 e ss..

lavoro, in luogo di un indennizzo economico. Emblematica in tal senso la pronuncia del Tribunale di Bologna nella sentenza del 15 ottobre 2012.

Per poter esaminare la questione affrontata dal Tribunale di Bologna con l'ordinanza 15 ottobre 2012, (Est. Marchesini) è indispensabile avere ben presente la vicenda sottoposta al suo esame che non ha avuto necessità di attività istruttoria risultando pacifico fra le parti.

Il fatto storico

Nello specifico il lavoratore aveva ricevuto, da un proprio superiore gerarchico, una comunicazione di posta elettronica del seguente tenore: *«Per favore controlla questi disegni, hanno modificato di novo i disegni(alcune cose). Tolleranze sono state modificate. Per favore fare misurare sulla base di questi ultimi disegni allegati. Buttare via i disegni che avevamo chiesto ieri».*

Dopo qualche giorno il lavoratore rispondeva inviando al suddetto superiore gerarchico una comunicazione di posta elettronica siffatta: *«Confido per martedì 24 luglio 2012 di avere i rilievi con le tempistiche di modifica dei programmi».*

Nello stesso giorno, il superiore rispondeva con messaggio di posta elettronica nel quale si leggeva: *«Non devi confidare. Devi avere pianificato l'attività, quindi se hai dato come data il 24-07, deve essere quella la data di consegna dei dati. Altrimenti indichi una data diversa, che non è confidente ma certa, per favore».*

Infine, e qui sopraggiunge la frase incriminata, il lavoratore rispondeva, nella stessa data, con email nella quale affermava: *«Parlare di pianificazione nel Gruppo Atti è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda. Pertanto, se Dio vorrà, per martedì 24-07-2012, avrai tutto quello che ti serve».*

Il dipendente, nell'immediatezza del fatto, scriveva una lettera con cui dava atto dell'inopportunità della propria affermazione, ricostruiva la vicenda riconducendola ad un momento di stress lavorativo e porgeva le proprie scuse per il predetto comportamento.

Il datore di lavoro riteneva, però, che l'ultima email del dipendente avesse contenuto offensivo grave cosicché procedeva al licenziamento ex art. 2119 c.c. per giusta causa²⁷⁴.

All'esito di questo compiuto esame il giudice, con succinta ma motivata pronuncia, ha concluso per la insussistenza di una giusta causa di licenziamento poiché ha rilevato la modestia dell'episodio in questione, la sua scarsa rilevanza offensiva, ed il suo modestissimo peso disciplinare.

Inoltre il Tribunale ha coerentemente ritenuto che la comunicazione offensiva verso il superiore gerarchico rivestisse scarsa rilevanza offensiva e rientrasse nella previsione di cui all'art. 9 Sez. quarta, titolo settimo del c.c.n.l. per il settore Metalmeccanici del 2008 ove è prevista la fattispecie della c.d. «*lieve insubordinazione nei confronti dei superiori*» con conseguente applicazione, per questo motivo e per l'insussistenza del fatto contestato di cui si dirà appresso, della sanzione reintegratoria ex art. 18, comma 4, della legge n. 300 del 1970.

Ratio dell'intervento riformatore. La reintegrazione (non) è divenuta ipotesi eccezionale?

La ragione della riforma del sistema sanzionatorio del licenziamento ingiustificato è stata indicata²⁷⁵ nella necessità di arrivare a limitare le incertezze derivanti dalla valutazione della clausola generale (giusta causa/giustificato motivo) operata dai giudici agendo sulla riduzione delle sanzioni. D'altro canto, però, è stato osservato da un'autorevole dottrina che

²⁷⁴ Per entrare nel vivo delle questioni poste dall'ordinanza in commento occorre esaminare la valutazione del fatto storico eseguita dal giudice alla stregua degli art. 2119 c.c. ed 1 della l. 604 del 1966. Nella specie si trattava dell'espressione ingiuriosa, sopra riportata, utilizzata dal dipendente nell'ambito di una critica all'organizzazione aziendale. In generale, affinché le critiche possano costituire una giusta causa di licenziamento, occorre che esse travalichino i limiti della correttezza e che il comportamento del dipendente si traduca in una condotta manifestamente riprovevole, così potendo riscontrarsi, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, quella gravità necessaria e sufficiente a compromettere in modo irreparabile il vincolo fiduciario (cfr. Cass., 17 gennaio 2005, n. 775, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, 38). L'ordinanza dimostra un corretto utilizzo di tali principi.

²⁷⁵ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 444.

l'intenzione di ridurre il giudice a mera *vox legis* si scontra con l'ineludibile certezza che dal processo non può che emergere esclusivamente un «fatto processuale» «*prodotto da un rito di cui il giudice era, ieri, sovrano costituzionale e, oggi, despota assoluto*»²⁷⁶. Con il risultato che il potere discrezionale del giudice «*scacciato dalla porta, rientrerebbe dalla finestra*»²⁷⁷.

Ma allora, non essendo state toccate le causali, sembra cruciale capire se, in questa prospettiva, la reintegrazione sia stata relegata a sanzione eccezionale.

Com'è noto, per poter giungere ad applicare la sanzione della reintegrazione attenuata prevista dal quarto comma dell'art. 18 Stat. lav., il giudice deve accertare la «*insussistenza del fatto contestato*» ovvero che il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Nelle *altre ipotesi* di insussistenza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, come prevede il successivo comma quinto, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Alla luce di ciò, alcuni autori hanno affermato che la reintegrazione sia divenuta la sanzione residuale giacché, ad eccezione delle due ipotesi di cui al quarto comma, in tutte le altre ipotesi si deve fare applicazione della indennità onnicomprensiva²⁷⁸.

Di diverso e preferibile avviso, invece, sono coloro i quali, mettendo l'accento sul coinvolgimento della persona del lavoratore e sulla relativa tutela di rango costituzionale (artt. 2, 4, 35, 41 2° co., Cost.), pur in assenza di una tutela

²⁷⁶ F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore, in corso di pubblicazione in Arg. dir. lav.*, 2012, n. 4-5.

²⁷⁷ F. CARINCI *ibidem*.

²⁷⁸ M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf ed anche in *Arg. Dir. Lav.*, n. 3, 2012, p. 612 e ss; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, in *Lav. Giur.*, 2012, p.876; A. MARESCA, *op. cit.*, 437.

costituzionale della reintegrazione nel posto di lavoro [cfr. Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 46 che afferma, di contro, che è costituzionalizzato il principio di giustificatazza del recesso su cui è pienamente intervenuta la disposizione contenuta nell'art. 30 della Carta di Nizza], evocano la preferenza indicata dal nostro ordinamento alla tutela in forma specifica rispetto a quella per equivalente principio al quale deve ispirarsi una corretta interpretazione della nuova disciplina²⁷⁹.

Insussistenza del fatto contestato. Fatto giuridico. Coscienza, volontà ed elemento psicologico.

L'art. 18, comma 4, cit. utilizza l'ambigua espressione «*fatto contestato*» in merito al quale vi sono discordanti opinioni espresse in dottrina.

Secondo una prima opinione esso si identifica col «*fatto materiale*»²⁸⁰, inteso nelle sue componenti di «*condotta, nesso causale ed evento*»²⁸¹, mentre secondo altri è necessario un comportamento qualificabile come «*inadempimento contrattuale*»²⁸² sicché, come meglio precisato²⁸³, l'espressione va intesa come fatto inclusivo anche degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo (dolo, colpa).

La tesi che tende a limitare l'espressione riducendola al fatto materiale è funzionale alla più generale impostazione secondo cui la reintegrazione risulterebbe una ipotesi residuale, ma essa presenta evidenti contraddizioni che la pronuncia del Tribunale di Bologna svela e risolve.

²⁷⁹ SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Intervento al Convegno nazionale Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio, dattiloscritto, p. 9 e ss.; G. SOZZI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. FEZZI e F. SCARPELLI (a cura di), *i Quaderni di Wikilabour, Guida alla riforma Fornero*, 109.

²⁸⁰ A. MARESCA, *op. cit.*, 448.

²⁸¹ M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, 450.

²⁸² M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, versione provvisoria*, in www.aidlass.it/convegni/archivio/2012, 30; F. CARINCI, *op. cit.*, 5.

²⁸³ V. SPEZIALE, *op.cit.*, 27.

Nell'ordinanza del Tribunale di Bologna rileva con estrema precisione *«che la norma in questione, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al cd. Fatto Giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo»*. Aggiungendo che *«Né può ritenersi che l'espressione "insussistenza del fatto contestato", utilizzata dal legislatore facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della cosciente volontà dell'azione»*.

Il giudice fa buon uso del concetto di *«fatto giuridico»*, inteso come esteriore manifestazione della volontà, come proiezione nel mondo esterno dell'atto volitivo.

Esso, come è stato esattamente individuato dalla dottrina penalistica, deve essere ricondotto alla duplice rilevanza della volontà: a) volontà dell'azione o omissione (art. 42 co.1, c.p.) b) volontà dell'evento (art. 42, co. 2 e 4). Nella dottrina civilistica si è precisato come l'inadempimento dell'obbligato lo esoneri da responsabilità laddove, pur trovandosi al cospetto di una causa imputabile (art. 1218 c.c.), dovendo tale criterio essere messo in correlazione necessaria con quello della diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c., il debitore non abbia potuto evitare l'impossibilità della prestazione pur comportandosi con diligenza ossia, in altri termini, se l'impossibilità non sia imputabile alla carenza dell'elemento soggettivo del debitore²⁸⁴.

Come si vede, correttamente il giudice ha precisato la nozione di *«fatto»*, contenuta nell'espressione *«fatto contestato»*, qualificandola come *«fatto giuridico»* giacché, diversamente opinando, si potrebbero introdurre nell'ordinamento lavoristico ipotesi di licenziamenti basati su *«fatti»* carenti di

²⁸⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 16.

elementi essenziali che andrebbero irragionevolmente esenti dalla reintegrazione.

Si pensi, in concreto, al caso del licenziamento del dipendente il quale sia accusato di furto operato, in realtà, sotto la minaccia di un agente esterno che metta in pericolo la vita sua o dei suoi familiari. Sebbene il dipendente sia cosciente dell'azione che compie, è del tutto evidente che per l'ordinamento giuridico egli non vuole l'azione che compie.

In tal caso, seguendo la tesi del c.d. «*fatto materiale*», questo si è pienamente realizzato (nelle sue componenti di condotta, nesso di causalità ed evento) cosicché il dipendente conseguentemente licenziato, laddove nel processo provi la *vis maior*, non potrebbe irragionevolmente aspirare a riprendere il proprio posto di lavoro giacché non si potrebbe sostenere che il fatto «*non sussiste*» e la sua fattispecie verrebbe annoverata fra le «*altre ipotesi*» di insussistenza della giusta causa o giustificato motivo per le quali l'art. 18, co. 5, cit. prevede solo la sanzione della indennità omnicomprensiva.

Come si vede, con l'esempio riportato, che porta indubbiamente all'estremo la tesi confutata dal Tribunale di Bologna, viene posto in evidenza la insufficienza della tesi del c.d. «*fatto materiale*» poiché è necessario che l'inadempimento sia imputabile al dipendente e che l'azione integri una condotta eseguita con coscienza e volontà e l'evento sia prodotto da dolo o colpa.

Ma se si vuole scrutinare la tesi su un'ipotesi meno estrema, che riguardi la valutazione dell'elemento psicologico, si può considerare il caso di un'infrazione, non contemplata nel codice disciplinare come punibile con sanzione conservativa, della quale si possa dire che l'elemento psicologico sia certamente lieve.

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie in cui il dipendente venga trovato addormentato sul posto di lavoro. Tale fattispecie (non certo rara) ove si realizzasse nel campo di applicazione del c.c.n.l. per i dipendenti delle aziende alimentari, vedrebbe l'applicazione dell'art. 69 che prevede espressamente una sanzione conservativa ma se si verificasse nel campo di applicazione del c.c.n.l. per i dipendenti da aziende del terziario vedrebbe l'applicazione dell'art. 225 che non prevede tale ipotesi.

Ebbene, in tal caso, ove il datore di lavoro fosse titolare di un'azienda commerciale, che applica il c.c.n.l. Terziario, ed adottasse un licenziamento, seguendo la tesi avversata, ci si troverebbe al cospetto di un irragionevole impossibilità di applicazione della sanzione reintegratoria di cui all'art. 18, co. 4, cit. poiché, com'è evidente, anche in questo caso il fatto materiale sarebbe sussistente così come sarebbe assente la previsione del c.c.n.l. che consentirebbe l'applicazione della sanzione conservativa.

Con ciò si realizzerebbe anche un'irragionevole disparità di trattamento fra lavoratori che, a parità di mansioni (ad esempio addetto alla contabilità), solo a seconda del settore in cui operano (per continuare nell'esempio, industria Alimentare o Terziario), vedrebbero applicata loro la sanzione della reintegra o quella indennitaria.

Insussistenza del fatto contestato. Fatto giuridico. Valutazione dell'elemento oggettivo e proporzionalità (art. 2106 c.c.)

Il Tribunale di Bologna, nella pronuncia in commento, aggiunge che – per disporre o meno la reintegrazione - occorre esaminare anche la componente inerente l'elemento oggettivo giungendo a ritenere, nel caso di specie, l'episodio modesto, di sua scarsa rilevanza offensiva e connotato da modestissimo peso disciplinare. È del tutto evidente che, senza menzionarlo, il giudice ha fatto applicazione dell'art. 2106 c.c.

Secondo una parte della dottrina, però, l'esame della proporzionalità della sanzione avrebbe l'unico e limitato campo di azione costituito dalla valutazione sulla sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo e non anche quello dell'individuazione della sanzione applicabile²⁸⁵. In altre parole, siccome l'accertamento giudiziale si scinderebbe in due diversi momenti: da un lato la legittimità od illegittimità del licenziamento, dall'altro l'accertamento strumentale alla individuazione della sanzione applicabile al licenziamento²⁸⁶, secondo tale opinione, nella seconda fase si dovrebbe eseguire solo una acritica

²⁸⁵ A. MARESCA, *op. cit.*, 445.

²⁸⁶ Così M. MARAZZA, *op. cit.*, 12; cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, 438 e ss.

verifica della sussistenza o meno dei due criteri indicati nel comma 4 dell'art. 18 cit, senza ricorso all'art. 2106 c.c.

La tesi è stata confutata da altra dottrina secondo cui, anche nella scelta della sanzione applicabile si deve tener conto del giudizio di proporzionalità poiché l'art. 2106 c.c. non risulta abrogato né esplicitamente né implicitamente²⁸⁷ e quando il giudice si dovesse trovare di fronte alle previsioni del codice disciplinare di cui al contratto collettivo o, ancor più, alle previsioni contenute nel regolamento unilaterale predisposto dal datore di lavoro che prevedano o meno una sanzione conservativa per la fattispecie al loro esame, egli non potrebbe esimersi dall'eseguire un controllo giudiziale *«facendo ricorso all'unico criterio reso disponibile dall'ordinamento cioè quello della proporzionalità ex art. 2106 Cod. Civ.»*²⁸⁸.

Su tale solco si inserisce la pronuncia in commento che, nella scelta della sanzione, ha esplicitamente fatto riferimento a circostanze necessarie alla valutazione della proporzionalità con ciò facendo corretta applicazione dell'art. 2106 c.c.

È bene precisare che il giudizio di proporzionalità prevede la valutazione di elementi quali la rilevanza del danno prodotto, le circostanze attenuanti, la natura e tipologia del rapporto, la posizione delle parti, il grado di affidamento richiesto dalle mansioni, l'incidenza della violazione sull'ambiente di lavoro ecc. cui si aggiunge anche la valutazione della portata soggettiva del fatto ovvero dell'elemento psicologico e sua intensità²⁸⁹.

Ma, anche a voler ritenere che l'art. 2106 c.c. non trovi applicazione nella individuazione della sanzione ciò non potrà condurre l'interprete ad espungere dall'esame che il giudice deve condurre, l'imputabilità al dipendente della condotta adottata e la sussistenza ed intensità dell'elemento psicologico giacché

²⁸⁷ V. SPEZIALE, *op. cit.*, 28.

²⁸⁸ Così F. CARINCI, *op. cit.*, 6.

²⁸⁹ Cfr. M. TATARELLI, *op. cit.*, 160.

esse rientrano nella definizione di «*fatto contestato*» come bene indicato dalla pronuncia del Tribunale di Bologna.

Conclusioni

A questo punto si potrebbe sostenere che, seguendo l'impostazione abbracciata dal Tribunale di Bologna, sarebbe completamente vanificata la riforma che voleva impedire le incertezze generate dalle varie pronunce giudiziarie giacché non si capirebbe quando sarebbe applicabile la sanzione della sola indennità omnicomprensiva in quanto il giudizio di gravità che conduca a valutare la insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo porterebbe sempre alla sola sanzione reintegratoria.

Invero, se il giudice, al fine di applicare la reintegrazione, deve valutare il comportamento del dipendente, la presenza dell'elemento psicologico e la proporzionalità della sanzione con l'infrazione non sarebbe cambiato nulla rispetto al passato.

Ma la legge si interpreta per quel che è e per quel che risulta dal suo tenore; se quindi il legislatore innovatore si è rivelato «*imprevidente*»²⁹⁰ e lo scopo prefissato si riveli irraggiungibile per le ineludibili contraddizioni presenti, come sopra evidenziato, allora si deve cercare di dare una ricostruzione dell'apparato sanzionatorio in tema di licenziamento disciplinare che appaia compatibile con il sistema giuridico.

Com'è noto fra giusta causa e giustificato motivo soggettivo vi è una differenza solo quantitativa nel senso che la fattispecie del giustificato motivo soggettivo si verifica in presenza di un inadempimento del lavoratore di minore gravità rispetto alla giusta causa di licenziamento²⁹¹.

Anche la ricostruzione della graduazione della sanzione potrà essere, quindi operata sulla base di un *continuum* logico fra la sanzione indennitaria e quella reintegratoria che si dispiegano su una linea continua i cui punti ove collocare il

²⁹⁰ Così definito da F. CARINCI, *op. cit.*

²⁹¹ M. TATARELLI, *op. cit.*, 177.

caso concreto dev'essere individuato dal giudice in virtù di un giudizio sulla gravità del fatto giuridico²⁹².

²⁹² In sostanza il giudice una volta operata la valutazione della gravità dell'inadempimento affinché possa rientrare almeno nella fattispecie del giustificato motivo soggettivo, si troverà ad operare un'ulteriore valutazione circa la gravità del fatto giuridico con tutte le sue componenti soggettive ed oggettive. Se fra questi casi vi rientra quello in cui il «*fatto materiale*» non sia sussistente, con la conseguente sicura reintegrazione, di certo esso non è l'unico caso in cui è possibile applicare la reintegrazione dovendosi fare ricorso alla nozione più ampia di insussistenza del «*fatto giuridico*». In sostanza si può affermare che il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione dell'illecito commesso si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto e a tutte le circostanze del caso. Prendendo in prestito l'opinione della Suprema Corte, espressa nel regime previgente. Cfr. fra le molte Cass., 24 luglio 2006, n. 16864, in Giust. civ. Mass., 2006, 7-8.

CAP. 4) - IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUI LICENZIAMENTI ED IL DIBATTITO DOTTRINALE IN MATERIA

Controllare la legittimità del licenziamento in un sistema che ne tipizza le ragioni giustificative è operazione ermeneuticamente e culturalmente complessa. Chiama il giudice a confrontarsi con un sistema di valori, esterno alla norma, di cui deve farsi interprete sensibile.

Le clausole generali (o concetti indeterminati o norme in bianco) del giustificato motivo soggettivo e della giusta causa nonché del giustificato motivo oggettivo insieme alla nozione di licenziamento per riduzione di personale rinviano a loro volta ad altri concetti aperti: la fiducia, *l'intuitus personae*, la produzione, l'organizzazione, l'iniziativa economica.

In esse – a differenza di altre nozioni giuridiche a contenuto variabile (*standard*, direttive, norme generali, etc.) – l'indeterminatezza ha carattere intenzionale e risponde alla volontà del legislatore di sospendere il giudizio, rinviandone il giudizio ad una diversa autorità²⁹³.

La delicatezza della materia, ancor più enfatizzata dall'attuale crisi economica e dai suoi effetti drammatici sul piano sociale e occupazionale, richiama subito un confronto che negli ultimi anni si è fatto sempre più serrato e teso, tra il diritto del lavoro (la sua dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi) e le ragioni dell'economia. Per comprendere i motivi profondi di questa tensione dobbiamo ricordare come il diritto del lavoro abbia costruito, soprattutto nei sistemi nazionali ma anche a livello internazionale ed europeo, un poderoso meccanismo di controllo della razionalità economica dell'imprenditore e delle sue scelte di gestione, che si iscrive in un più generale processo di differenziazione sistemica del *nomos* giuridico rispetto a quello economico. Sottoponendo a controllo l'esercizio delle prerogative unilaterali dell'imprenditore, il diritto del

²⁹³ O. MAZZOTTA, *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, cit., 1 e s..

lavoro ha contrastato, più o meno efficacemente, un duplice postulato di base dell'economia neoclassica: da un lato, l'applicazione indifferenziata della logica economica a tutti gli universi d'azione, compreso quello giuridico; dall'altro, l'«inconoscibilità del processo che porta gli attori economici, per definizione razionali, a realizzare una dinamica virtuosa degli interessi e, per questa via, a realizzare il bene generale della società. Il postulato esclude in radice sia un intervento della legge sia, a fortiori, un controllo giudiziale sulla razionalità economica dell'imprenditore: per usare una metafora ancora in uso nella dottrina francese, l'imprenditore è *seul juge* delle, proprie scelte di gestione e delle circostanze che lo determinano a cessare il rapporto di lavoro, posto che «nessuna norma di legge lo obbliga a mantenere la propria attività al solo fine di assicurare al personale la stabilità del loro impiego», secondo quanto statuito nel celebre arrêt²⁹⁴ *Brinon*²⁹⁵.

Ne viene fuori un quadro in cui il giudice deve farsi interprete di regole non scritte, ma ugualmente rilevanti nell'ambiente sociale di riferimento. Si tratta di un classico terreno su cui si contrappongono il metodo problematico proprio della giurisprudenza e quello sistematico della dottrina²⁹⁶.

SEZ. 1). - I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE DEL LAVORO E L'ART. 421 COD. PROC. CIV.

Il vincolo obbligatorio che viene a costituirsi tra le parti nel contratto di lavoro assoggetta il lavoratore alle iniziative dell'altra parte, alla quale è dovuta obbedienza, fedeltà e disciplina²⁹⁷. Il contratto di lavoro, tuttavia, non impedisce che il principio di uguaglianza delle parti, nel rapporto obbligatorio, debba

²⁹⁴ Cass. Soc., 31 maggio 1956, *Dalloz*, 1958, p. 21, con nota di G. Levasseur.

²⁹⁵ PERULLI A., *Efficient Breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *ADL*, 561.

²⁹⁶ O. MAZZOTTA, *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, cit., 1 e s..

²⁹⁷ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1963, 63.

subire particolari adattamenti in considerazione della peculiare posizione delle parti nell'eventuale esercizio del potere di recesso unilaterale del contratto (a norma dell'articolo. 2118 cod. civ.). È, infatti, soprattutto in relazione a questo aspetto che nel contratto di lavoro, seppure comune a tutti i contratti di durata, presenta particolare rilievo l'esigenza di adeguare l'astratto concetto di uguaglianza alla concreta realtà.

È per questa via che il legislatore ha inteso favorire il lavoratore che, altrimenti, si troverebbe in una posizione deteriore rispetto alla supremazia gerarchica cui è soggetto nell'impresa²⁹⁸.

Principio generale del diritto del lavoro è la tutela del contraente economicamente più debole nel contratto individuale di lavoro²⁹⁹.

Principio guida di tale assunto è nella Costituzione, che impone al legislatore di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale” per dare alle parti “*pari dignità sociale*”, costituendo, così, lo ‘spirito’ del diritto del lavoro³⁰⁰. Ulteriore supporto normativo al principio della tutela del lavoratore è ricavato dal criterio del c.d. *favor debitoris*, finalizzato alla protezione del lavoratore, *ratio* comune dell'intera legislazione del diritto del lavoro.

Le tutele del lavoratore-contraente debole si trovano già nella Costituzione, in particolare nell'art. 35 Cost. che prevede una generale tutela del lavoro in tutte le sue forme, nonché nell'art. 36 Cost. che disciplina i più salienti aspetti sostanziali del c.d. trattamento di favore per il lavoratore.

²⁹⁸ F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 105; A. ARANGUEREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1981, 3; R.D.L. TAMAJO, *Le norme inderogabili nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 97.

²⁹⁹ Per una trattazione del tema: S. LIEBMAN, atti del convegno Aiddlass tenuto a Parma, 4-5 giugno 2010, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 259; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contatto. e impresa*, 1997, 417; G. ARDAU, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972, II, 1302.

³⁰⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene editore, Napoli, 1961, II, 1070.

Una tutela particolarmente forte è assicurata al lavoratore da un complesso di disposizioni di legge che sanciscono la nullità degli atti compiuti in difformità delle disposizioni stesse, si tratta delle norme imperative *ex artt. 1418 e 1419, comma II, cod. civ.*, la cui caratteristica fisionomica è l'inderogabilità³⁰¹. L'intervento del legislatore è giustificato dalla rilevanza sociale degli interessi tutelati, nonché dal fatto che la tutela approntata è diretta, soprattutto, a favore del "lavoratore–parte debole del contratto" e quindi finalizzato a riequilibrare la posizione di inferiorità del lavoratore stesso.

Il novero delle disposizioni imperative del diritto del lavoro è molto vasto: basti pensare all'art. 36 Cost., comma III, ma anche all'art. 2109 cod. civ., commi I e II, in relazione al diritto al riposo settimanale, alle ferie irrinunciabili, all'art. 9 della Legge 20 maggio 1970 n. 300, che sancisce i diritti alla tutela dell'integrità fisica; oppure si pensi ad un altro gruppo di norme imperative, definite anche 'proibitive'³⁰² che contengono specifici divieti, quali, per esempio, quelle che riguardano il recesso in determinate ipotesi, come nel caso di licenziamento per causa di matrimonio (Legge 9 gennaio 1963 n. 7), in caso di gravidanza e puerperio, di malattia o infortunio (art. 2110 cod. civ.). Infine abbiamo i divieti assistiti da sanzione penale regolati dalla L. 300 del 1970, come il divieto di visite personali di controllo (art. 6), il divieto di adibire guardie giurate al controllo dell'attività lavorativa (art. 2, co. 3), il divieto di installare impianti audiovisivi (art. 4), il divieto di discriminazione (art. 15).

Tutto ciò per esporre che, come si è rilevato, il principio del *favor* trova articolazione in sede di tutela dei diritti dei lavoratori attraverso la previsione della nullità totale o parziale dei contratti, o di clausole in violazione di norme imperative (artt. 1418-1419 cod. civ.), nonché dell'invalidità, assoluta o relativa, delle rinunzie o transazioni sui diritti indisponibili (art. 1966 cod. civ.) o, ancora,

³⁰¹ D. NAPOLETANO, *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1953, 61.

³⁰² R.D.L. TAMAJO, *op. cit.*, 179.

in violazione di diritti derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti collettivi (art. 2113 cod. civ.)³⁰³.

L'articolo 421 cod. proc. civ.

La tutela dei diritti contenuta nel libro VI del codice civile, comprende anche la tutela giurisdizionale e cioè di un complesso organico di norme processuali che, per i riflessi di diritto sostanziale, trovano sede nel codice civile³⁰⁴. Tale tutela, nelle sue modalità di svolgimento e nei suoi effetti, può e deve aderire alle peculiarità delle situazioni per le quali è invocata, così da prefigurare procedimenti adeguati agli specifici bisogni di tutela.

Nell'ambito del processo del lavoro, si richiede una disciplina speciale rispetto a quella prevista per il rito ordinario civile, dovendo tener conto di quelle che sono le particolarità degli interessi in gioco ed i relativi conflitti, alla deteriorabilità dei diritti del lavoratore subordinato la cui tutela, se condizionata ai tempi del processo civile, sarebbe pregiudicata (si pensi, ad esempio, all'implicazione dei valori personali e famigliari nelle controversie relative al mutamento di mansione o trasferimento), da cui quindi la necessità di neutralizzare, sul piano processuale, la peculiare situazione di debolezza del prestatore di lavoro mediante una tutela "*differenziata*" in grado di ripristinare l'eguaglianza sostanziale³⁰⁵.

L'articolo 421 cod. proc. civ. conferisce maggiori poteri istruttori al giudice, il quale può intervenire in qualsiasi momento nell'attività istruttoria espletata su richiesta delle parti, al fine di sanare eventuali irregolarità degli atti e, se necessario, di integrarla; in particolare può disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dai limiti previsti dal codice civile, compresa la prova testimoniale fatta eccezione del giuramento decisorio.

³⁰³ A. ARANGUREN, *op. cit.*, 2e e ss.; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008.

³⁰⁴ A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna, libro VI, 1960, 282.

³⁰⁵ F. CARINCI, R.D.L. TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 472 s..

Inoltre il giudice può: *i)*. ordinare la comparizione delle parti per interrogarle liberamente; *ii)*. disporre l'accesso sul luogo di lavoro ed anche ascoltare i testimoni sul medesimo posto, qualora ne ravvisi l'utilità; *iii)*. nominare in qualsiasi momento un consulente tecnico, se la natura della controversia lo richieda; *iv)*. concedere un termine al consulente tecnico d'ufficio per elaborare e depositare la relazione scritta sulle attività tecniche svolte; *v)*. disporre d'ufficio la richiesta di informazioni e di osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti che, ai sensi degli artt. 421, comma I, e 425 cod. proc. civ., "*non hanno un'autonoma valenza probatoria ma forniscono chiarimenti ed elementi di valutazione in ordine a dati fattuali già acquisiti al processo*"³⁰⁶ (tali informazioni possono essere rese anche nel luogo di lavoro, ove sia stato disposto l'accesso); *vi)*. altresì, richiedere alle organizzazioni sindacali il testo dei contratti collettivi di lavoro necessari alla verifica delle disposizioni normative ed economiche, se applicabili alla controversia in corso; *vii)*. quanto alle prove testimoniali sono superabili i limiti stabiliti dal codice civile agli artt. 2721 cod. civ. (limiti di valore), 2726 cod. civ. (prova del pagamento e della remissione), 2735 cod. civ. (confessione stragiudiziale), ad eccezione del giuramento decisorio. Ulteriore limite che il giudice può superare nell'acquisizione di prove testimoniali è quello previsto dall'art. 1417 cod. civ. in tema di simulazione³⁰⁷.

V'è da precisare tuttavia che nel giudizio civile e in quello del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori del giudice ha una funzione di mera *integrazione* dell'iniziativa probatoria delle parti, non certo suppletiva, caratteristica principale del processo penale, dove l'art. 507 cod. proc. pen. concede al giudice un ampio potere-dovere che egli deve esercitare, a pena di nullità, quando risulti assolutamente necessario. Qualora il giudice faccia uso di tali poteri, deve motivare la sua decisione e tale motivazione potrà essere sindacabile in sede di legittimità (si precisa che nel processo del lavoro la motivazione, ai fini della

³⁰⁶ Cass., 15 febbraio 2005, n. 3004, in *Guida al diritto*, 2005, 15, 88.

³⁰⁷ Cass., 30 ottobre 1989, n. 4525, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 10, 890.

sindacabilità, deve essere richiesta espressamente dalla parte al momento della decisione del magistrato e ciò perché in questo giudizio, a differenza di quello penale, non è sindacabile la decisione *ex art. 421 cod. proc. civ.*, perché esercizio di un potere discrezionale).

Osservazioni sull'articolo 421 cod. proc. civ.

Da una prima lettura dell'articolo si potrebbe intendere che, per l'esercizio di tali poteri, al giudice sia concessa una discrezionalità dove non sussistono limiti. Ciò tuttavia sarebbe in evidente contrasto con la *ratio* dell'intero processo del lavoro che, seppur improntato ai principi di oralità, concentrazione e immediatezza, resta sempre un giudizio civile promosso da una parte che, anche ai fini dell'attività istruttoria da espletarsi, è tenuta - a pena di decadenza - a formulare le richieste nel proprio ricorso, come il convenuto deve farlo con la sua memoria difensiva. Nel rito del lavoro l'impulso processuale è pertanto a carico delle parti sia in primo che in secondo grado. Ciò lascia intendere che l'attività istruttoria del magistrato dovrebbe essere di mero completamento a quella richiesta dalle parti, non essendogli consentito sostituirsi per le incombenze poste, a pena di decadenza, a carico delle stesse.

La giurisprudenza di legittimità è intervenuta a più riprese per delimitare l'esercizio dei poteri di cui all'art. 421 cod. proc. civ.. Nella pratica, tuttavia, non v'è chi lamenti il fatto di come il giudice del lavoro sopperisca alle negligenze delle parti³⁰⁸, lamentando il frequente uso dei poteri conferitigli dall'art. 421 cod. proc. civ. ed il conseguente superamento delle regole processuali, lasciando così ampi spazi discrezionali al giudice, il quale - con il suo intervento - può arrivare a sopperire sostanzialmente alle negligenze delle parti.

A tal proposito è stato chiarito che l'attribuzione dei poteri istruttori incontra dei limiti, dovendosi rispettare l'onere di deduzione in giudizio esclusivamente

³⁰⁸ A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Cacucci, Bari, 2008, 114; G. TARZIA, *op. cit.*; A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006; P. SANDULLI, *Il processo del lavoro: la disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2010.

a carico delle parti di fatti costitutivi, impeditivi o estintivi del diritto³⁰⁹; va quindi rispettato il divieto dell'intervento diretto del giudice, qualora la parte non abbia tempestivamente allegato i predetti fatti.

Non si pone, invece, alcuna questione di preclusione o decadenza processuale a carico delle parti, quando la prova "nuova" viene disposta d'ufficio al solo scopo di approfondimento, ritenuto indispensabile, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo³¹⁰. Si tratta, quindi, di stabilire fino a che punto possa "spingersi" il giudice nell'esercitare i poteri ex art. 421 cod. proc. civ..

Se si aderisce ad un orientamento della giurisprudenza di legittimità, qualora la parte dovesse chiedere la motivazione sull'esercizio del potere discrezionale, il giudice dovrà chiaramente dare conto delle sue scelte ed in questo caso la decisione sarebbe sindacabile in sede di legittimità³¹¹.

Se ne deduce che i poteri previsti dall'articolo in esame, devono essere utilizzati in maniera prudenziale, poiché ci sarebbe il fondato rischio di ledere l'effettiva imparzialità del giudice. È quindi importante sottolineare che nel diritto del lavoro non vi è il principio di obbligo di accertamento della verità, come nel processo penale, e quindi il giudice non deve e non può avviarsi in piste probatorie se dall'attività istruttoria non siano emersi elementi idonei a rendere verosimile quanto dedotto da una delle parti³¹².

I poteri istruttori del giudicante in sede di appello

Secondo l'articolo 437 cod. proc. civ., il giudice può fare uso dei suoi poteri istruttori anche nel grado di appello ove reputi insufficienti le prove già acquisite in primo grado, esercitando il potere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale probatorio e idonei a superare l'incertezza

³⁰⁹ Cass., S.U., 5 aprile 2005, n. 7011, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4, 181.

³¹⁰ Cass. 23 maggio 2003, n. 8220, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

³¹¹ G. IANNIRUBERTO, *Il processo del lavoro rinnovato*, Cedam, Padova, 2001, 160.

³¹² A. BELSITO, *op. cit.*, 116.

sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, sempre che tali fatti siano stati puntualmente allegati nell'atto introduttivo e non verificandosi alcun superamento di eventuali preclusioni o decadenze processuali³¹³.

Nel processo del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio in grado d'appello, presuppone la ricorrenza di alcune circostanze: la prima riguarda *la non sussistenza di colpevole inerzia* della parte interessata, con conseguente preclusione per inottemperanza ad oneri processuali; la seconda si riferisce *all'opportunità di integrare il quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti*; ed infine, *l'indispensabilità dell'iniziativa ufficiosa* volta, non a superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o a supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda, ma a colmare eventuali lacune delle risultanze di causa³¹⁴.

L'art. 437 cod. proc. civ., comma II, attribuisce al giudice di appello incisivi poteri istruttori in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ove siano indispensabili ai fini della decisione della controversia, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno alle parti e pur in assenza di una specifica richiesta della parte in causa. Ne consegue che, quando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, anche il giudice d'appello, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione³¹⁵.

Nel giudizio di rinvio del processo del lavoro, i limiti all'ammissione delle prove concernono l'attività delle parti e non si estendono ai poteri del giudice, che

³¹³ Cass. 10 gennaio 2005, n. 278, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, 7, 580, con nota di M. TATARELLI.

³¹⁴ Cass., 10 gennaio 2006, n. 154, in *Orient. Giur. lav.*, 2006, I, 192.

³¹⁵ Cass. 20 aprile 2005, n. 8202, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 12, 964, con nota di F. CENTOFANTI.

potrà comunque far riferimento soltanto al materiale probatorio ritualmente acquisito nella fase processuale antecedente al giudizio di cassazione³¹⁶.

§ a) - Il collegato lavoro e le tipizzazioni della contrattazione collettiva

L'accertamento in sede giudiziale del giustificato motivo soggettivo di licenziamento, come pure della giusta causa, è comunque reso più agevole dal fatto che i contratti collettivi provvedono usualmente ad indicare le mancanze che possono legittimare la risoluzione del rapporto di lavoro. Tuttavia già prima della riforma del 2010 Rocella faceva notare come, per giurisprudenza costante, l'elencazione nei contratti collettivi dei comportamenti che costituirebbero giusta causa o giustificato motivo di licenziamento deve considerarsi meramente esemplificativa e non vincolante per l'interprete³¹⁷, cosicché quest'ultimo resta libero di negare la sussistenza del giustificato motivo o della giusta causa pur a fronte di una più restrittiva valutazione contrattuale o, all'opposto, di considerare giustificato un licenziamento causato da fatti non presi in considerazione dal contratto collettivo; ciò non toglie che le valutazioni dei contratti collettivi, pur restando sempre contestabili, abbiano un rilevante

³¹⁶ Cass. 13 febbraio 2006, n. 3047, in *Mass. Giur. lav.*, 2006, 8/9, 722 ed in *Mass. Giur. lav.*, 2006, 11, 887, con nota di M. TATARELLI.

³¹⁷ Si veda ad es., Cass. 10 dicembre 2002, n. 17562, in *Dir. e prat. lav.*, 2003, 865; Cass. 10 agosto 2006, n. 18144, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 463. Un'ipotesi particolarmente rilevante di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, ammessa dalla giurisprudenza, è quella dello scarso rendimento del lavoratore: v., ad es., Cass., 22 gennaio 2009, n. 1632, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 1384. Nel pubblico impiego tale ipotesi è oggetto di riconoscimento legale espresso, unitamente ad altre per le quali (salve ulteriori ipotesi previste dai contratti collettivi) è previsto il licenziamento per giusta causa (ad es. nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio) o per giustificato motivo soggettivo (ad es. nel caso dell'assenza ingiustificata per il numero di giorni stabilito dalla previsione legale): art. 55 *quater* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 69, I comma, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

valore orientativo e costituiscano il primo termine di riferimento per la soluzione della singola controversia³¹⁸.

La legge 4 novembre 2010, n. 183 (art. 30, III comma) ha fatto diventare norma tale principio giurisprudenziale, prevedendo che «*nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi...*». Si tratta di un consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, privo quindi di una vera e propria portata innovativa, salva la possibilità per il giudice di tenere adesso conto (ancora una volta, peraltro, in termini meramente orientativi e non vincolanti) anche delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo eventualmente contenute nel contratto individuale di lavoro stipulato previo ricorso alla procedura di certificazione. In questo caso, ad ogni modo, trattandosi pur sempre di determinazioni dell'autonomia individuale, va da sé che il giudice dovrà tenerne conto con un sovrappiù di cautela.

Il Collegato Lavoro

La riforma del cd. Collegato Lavoro 2010 si può dire che si sia fatta carico, in un certo senso, di quella linea di pensiero molto diffusa tra gli imprenditori secondo cui il contratto rappresenta la massima espressione della volontà delle parti. Da tale assunto si è quindi arrivati a dedurre che il controllo del giudice deve avere confini ben precisi.

Un tale limite al sindacato giudiziale è stato individuato innanzitutto nella qualificazione che le parti hanno voluto dare al rapporto. L'articolo 30, comma II, del Collegato Lavoro 2010, stabilisce infatti che i criteri di apprezzamento, in sede di giudizio, non possono discostarsi dalla valutazione che le parti hanno espresso sui contratti in sede di certificazione³¹⁹.

Quindi, in materia di licenziamento, sempre l'articolo 30 del Collegato Lavoro 2010, comma III, stabilisce che nel valutare le motivazioni poste a base del

³¹⁸ M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, 444.

³¹⁹ Cass., 17 giugno 2009, n. 14054, in *Dir. e Giust.*, 2009, 123.

licenziamento, il giudice debba *tener conto* delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ovvero nei contratti individuali di lavoro, ove stipulati con la consulenza delle commissioni di certificazione.

La formulazione finale di tale disposizione risulta più morbida rispetto a quella inizialmente pensata dal disegno di legge, secondo cui il giudice non doveva soltanto "*tener conto*", bensì "*fare riferimento*" alle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi stipulati e nei contratti certificati³²⁰.

Quanto alle tipizzazioni delle ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo contenute nei contratti collettivi, è principio consolidato che il giudice, al fine di valutare la gravità di un comportamento e della ricorrenza degli estremi della giusta causa, può tener conto delle ipotesi eventualmente contenute nei contratti collettivi, ferma restando la valenza meramente esemplificativa e non tassativa di detta elencazione, dal momento che la nozione di giusta causa trova la propria fonte direttamente nella legge. In diverse pronunce³²¹ infatti si è stabilito il principio per cui, nel valutare la lesione del vincolo fiduciario, il giudice può prendere in considerazione le specifiche previsioni contenute nei contratti collettivi, principio ora consolidatosi con il Collegato lavoro.

È quindi evidente che nonostante le tentazioni di deregolamentare il diritto del lavoro in nome della flessibilità e della competitività normativa, il legislatore abbia comunque voluto tutelare il lavoratore (in quanto contraente debole) e quindi garantire che simili previsioni non fossero lasciate al singolo individuo ma alle organizzazioni sindacali, meglio capaci di ripristinare l'equilibrio del potere contrattuale di cui il giudice dovrà tenere conto con un sovrappiù di cautela.

³²⁰ M. TIRABOSCHI, *Formulario del processo del lavoro: aggiornato alla riforma della giustizia del lavoro di cui alla L. 4 novembre 2010, n. 183*, con la collaborazione di A. Corvino, Giuffrè editore, Milano, 2011, 36.

³²¹ Cass., 10 dicembre 2002, n. 17562, in *Mass. giust. civ.*, 2002, 2161.

Tiraboschi, ha tuttavia criticato il testo approvato dal legislatore, affermando infatti che: “*non si capisce perché il giudice non possa prendere a parametro, per la valutazione della giusta causa, anche i patti convenuti tra le parti e le tipizzazioni da esse specificate*”. In definitiva, l’articolo 30, comma III, dispone che fermo restando il controllo della *veritas* delle ragioni addotte dal datore nell’esercizio dei poteri datoriali, prevede l’esclusione per il giudice di valutare la *bonitas* e sindacare le scelte imprenditoriali che sono rimesse unicamente al titolare del potere di impresa³²². La determinazione di ipotesi che le parti hanno convenuto costituire a priori di giusta causa, fa notare Tiraboschi, potrebbe prevenire lunghi contenziosi, nei quali viene rimesso all’apprezzamento del giudice stabilire se un dato comportamento integri o meno la giusta causa di licenziamento. Si pensi ad una clausola che, in virtù della delicatezza di alcuni dati custoditi nella rete informatica aziendale, preveda come ipotesi di giusta causa l’accesso non consentito alla rete da parte del dipendente; ovvero che preveda che costituisca giusta causa di licenziamento l’utilizzo a fini personali di un telefono aziendale; oppure ancora che preveda il ricorrere della giusta causa nell’ipotesi di abbandono del posto di lavoro e di conseguenza la mancata sorveglianza sulle macchine di un’azienda³²³.

A tal fine la legge prevede che, nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento e le successive modificazioni, il giudice *tenga conto* di elementi e di parametri fissati dai contratti collettivi e dai contratti individuali certificati e, comunque, consideri le dimensioni e le condizioni dell’attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato di lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti prima del licenziamento³²⁴.

La legge disponendo che il giudice ‘*tiene conto*’, non statuisce un ‘*vincolo*’, pur permanendo il potere del giudice. V’è tuttavia da domandarsi quale sia il vero

³²² M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 33.

³²³ Cass., 9 gennaio 2007, n. 153, in *Foro it.*, 2007, 2, 397; Cass., 9 luglio 2007, n. 15334, in *Guida al diritto*, 2007, 37, 53; Cass., 22 giugno 2009, n. 14586, in *Foro it.*, 2009, 10, 2160.

³²⁴ M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 38.

senso del Collegato lavoro, dato che altro non fa che riprende l'orientamento giurisprudenziale in materia. Si può ritenere che se è vero che la normativa non è vincolante per il giudice allora scopo della legge è tentare di mettere sotto controllo il suo operato attraverso il suo 'condizionamento'.

Ciò che può ritenersi effettivamente mutato è quindi l'onere in capo al giudice di motivare di più e meglio la proporzionalità del provvedimento espulsivo, sebbene l'art. 30, comma III, come anzidetto, non sia vincolante.

Dalla suddetta analisi dell'art. 30, comma III, del Collegato lavoro 2010, si può quindi osservare che l'idea di fondo che ha portato a scrivere tale normativa è contrastare le eccessive tutele talvolta poste in essere dai giudici. Da qui la volontà di restringere lo spazio di discrezionalità del giudice nel tentativo di perseguire un nuovo e diverso equilibrio, che appare tuttavia difficile raggiungere, poiché permangono comunque da tutelare i diritti individuali di tutti i lavoratori.

Il divieto di controllo delle scelte datoriali

Il Collegato lavoro contiene un altro assunto interessante. L'articolo 30 stabilisce che, con riferimento alle norme che contengono clausole generali, ivi comprese le norme in tema di esercizio dei poteri datoriali e recesso, il controllo giudiziale degli atti di esercizio dei poteri datoriali è 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 che competono al datore di lavoro o al committente.

La norma sembra quindi volta ad evitare che possa essere sindacata dal magistrato l'opportunità della scelta datoriale, non avendo il giudice le competenze professionali (anche in termini di responsabilità rispetto all'assunzione da parte dell'imprenditore) del relativo rischio d'impresa.

Afferma Tiraboschi in proposito che dove si legittimi il giudicante a valutazioni nel merito o di opportunità tecnica organizzativa, qualunque norma diviene non solo alquanto incerta, ma essa stessa fonte di contenzioso, perché vincolata ad interpretazioni soggettive e comunque eccessivamente ampie e contrastanti,

assegnando al giudice un compito che non gli appartiene e che va ben oltre il controllo su frodi ed abusi, comprimendo e deprimendo il libero funzionamento del sistema di relazioni industriali³²⁵.

Non mancano tuttavia le critiche a tale impostazione. È stato infatti osservato che sebbene l'obiettivo di certezza normativa lasci trasparire una generale tendenza (già espressa nel Libro Bianco sul mercato del lavoro 2001 e poi sviluppata nel Collegato Lavoro) a garantire la certezza delle relazioni giuridiche, auspicando un'applicazione uniforme delle regole, nello stesso tempo, si diffida tuttavia del giudice del quale si vorrebbe disinnestare il potere³²⁶.

È stato inoltre anche affermato che in tale contesto le disposizioni del Collegato Lavoro appaiono tutte contraddistinte dalla enfaticizzazione del potere organizzativo e gestionale dell'imprenditore, le cui scelte vengono repute in gran parte insindacabili benché fortemente incidenti sulla condizione dei lavoratori, finendo in tal modo con il riconoscere al giudice un ruolo quasi solo notarile e formalista³²⁷.

A voler schematizzare il procedimento logico seguito dai giudici nel controllo degli atti di gestione dei rapporti di lavoro, si possono ricostruire le seguenti fasi: 1). individuazione della causale giustificativa dell'atto imprenditoriale; 2). verifica del nesso causale tra la ragione indicata e il provvedimento adottato; 3). accertamento dell'insussistenza di motivi illeciti e/o discriminatori che possono assumere peso determinante nell'operazione aziendale; 4). valutazione di sintesi sull'idoneità del provvedimento a incidere sulla posizione del lavoratore,

³²⁵ M. TIRABOSCHI, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, a cura di Proia e Tiraboschi, Giuffrè, 2011, 7 e ss..

³²⁶ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, 138.

³²⁷ G. FERRARO, *Diritto dei contratti di lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2011, 142.

il che vuol dire valutarne la proporzionalità, la ragionevolezza, l'imparzialità, la socialità, in un'ottica di comparazione complessiva degli interessi implicati³²⁸.

Sembra quindi che la norma citata voglia privare il giudice di quest'ultimo passaggio logico, vale a dire di quello più significativo che si traduce nel valutare le scelte imprenditoriali, non solo alla stregua dei criteri di normalità tecnico-organizzativa, ma anche alla stregua dell'utilità sociale e quindi degli interessi dei lavoratori nei termini in cui trovano riconoscimento nell'ordinamento giuridico³²⁹.

Nell'esercizio di tale attività esegetica, si esprime il ruolo impegnativo della magistratura del lavoro, la quale non deve limitarsi solo ad applicare la fredda fattispecie legale, ma deve registrare costantemente la conformità delle varie manifestazioni dei poteri imprenditoriali ai parametri prefigurati dall'ordinamento e verificarne la loro compatibilità con interessi e valori³³⁰.

Su queste basi è sostanzialmente maturata la distinzione teorica, ampiamente accreditata in dottrina e giurisprudenza, tra limiti intrinseci e limiti estrinseci ai poteri imprenditoriali, là dove, nella prima categoria, sono compresi quei limiti strettamente coerenti con la necessità che l'attività di impresa si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, o altrimenti secondo buona fede e correttezza, e non venga quindi a violare alcuni diritti e valori sostanziali di equità, di giustizia sostanziale, di parità di trattamento e di non discriminazione. Non molto diversamente si esprime il sindacato giudiziario che si esercita nei confronti dei pubblici poteri e della discrezionalità amministrativa, ove sovente il controllo non viene limitato ad una mera verifica della conformità alla legislazione vigente, ma si esprime anche nella direzione di un controllo dell'accesso, dell'abuso e dello sviamento del potere.

³²⁸ Sul tema si veda R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 85; PERULLI, in O. MAZZOTTA, *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino, 2008, 62.

³²⁹ Si veda in tal senso il § introduttivo e in ogni caso: G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: principi, valori o regole?*, *cit.*, 866; MENGONI, *op. cit.*.

³³⁰ L. DE ANGELIS, in O. MAZZOTTA, *op.cit.*, 29 e ss.;

Le richiamate categorie giuridiche sono state parzialmente importate anche nel diritto privato, in particolare ai fini del controllo delle relazioni di potere che si sviluppano all'interno delle imprese nella gestione dei rapporti di lavoro, ove, a fronte di un potere imprenditoriale può essere ravvisato un interesse legittimo del lavoratore, affinché tale potere si eserciti in maniera funzionale, corretto, coerente con i principi generali dell'ordinamento giuridico; così, si è rilevato che la giurisprudenza utilizza la verifica di compatibilità dell'agire datoriale, non solo rispetto ai limiti c.d. "espliciti" posti dalle singole disposizioni, ma anche dai limiti c.d. "impliciti o interni", la cui fonte immediata è comunemente ravvisata, appunto, nelle clausole di correttezza e buona fede (si pensi, al trasferimento, in cui il controllo dell'atto si spinge fino a verificare che il datore abbia tenuto in considerazione le condizioni personali del lavoratore, anche al fine di scegliere quale trasferire).

É chiaro quindi che se nell'art. 30, comma I, del Collegato Lavoro, si dovesse leggere un divieto di utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede, una discreta parte dell'agire imprenditoriale verrebbe sottratto al controllo giudiziale e che alla disposizione dovrebbe riconoscersi davvero una portata incisiva. Il controllo di conformità a questi criteri resta, infatti, un controllo di legittimità, trovando nella fonte legale la sua affermazione.

Vero è che, nella gran parte delle volte, il giudice, che sia chiamato a controllare l'operato del datore di lavoro nell'esercizio dei suoi poteri unilaterali conformativi del rapporto, non entra nel merito delle scelte datoriali, dilatando a dismisura in modo improprio il suo sindacato, quanto, invece, dà un contenuto a concetti giuridici che hanno un carattere generico; il discorso si sposta allora sulla portata generale delle c.d. clausole generali, ed è in tal ambito più ampio che la norma dell'art. 30 cerca di limitare i poteri del giudice³³¹.

³³¹ F. BUFFA, *Collegato lavoro e tutela giurisdizionale*, in *Quad. mass. civ.*, 2011, I, 7 e ss.; U. BECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, a cura di O. MAZZOTTA, Torino, 2008, 5 e ss..

*§ b) - Il dibattito de iure condendo in materia di giustificato
motivo oggettivo*

In relazione all'applicazione giurisprudenziale delle norme che, negli ordinamenti in esame, fondano il controllo sulle ragioni del licenziamento economico, è necessario rammentare le nozioni di base su cui interviene l'operazione di valutazione giudiziale, ovvero al giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604/66, vale a dire le ragioni relative all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento³³².

Orbene, queste nozioni di per sé neutre, prendono corpo e senso sotto l'azione del principio di razionalità/proporzionalità, che rappresenta il vettore principale del sincretismo metodologico emergente dall'analisi comparata. Il licenziamento viene vagliato non solo alla luce di un principio di adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini (secondo un canone di razionalità strumentale dell'agire), ma anche di necessità e di ponderazione degli interessi (secondo un canone di razionalità assiologica dell'agire): in questa luce, il giudice seleziona le ragioni economiche ammissibili a far retrocedere il diritto alla stabilità dell'impiego. Infatti, contrariamente a quanto postulato dall'analisi economica del diritto, non tutte le ragioni economiche sono «buone ragioni», idonee a giustificare il licenziamento. Per esempio, in Italia come in Francia i giudici ritengono non siano soddisfatti i requisiti del licenziamento economico in presenza di ragioni relative a un mero risparmio di costi.

Del pari, il licenziamento per riorganizzazione aziendale è consentito, ma non per mero intento di incremento dei profitti, in quanto il giustificato motivo deve essere determinato *«non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del*

³³² Nella legge francese, all'art. L. 1233-3 del C. trav., ossia il motivo *«non inerente alla persona del lavoratore, che implica una soppressione o trasformazione dell'impiego o una modificazione, rifiutata dal lavoratore, di un elemento essenziale del contratto, conseguente, in particolare, a difficoltà economiche o a mutazioni tecnologiche»*, cui devono aggiungersi i motivi, di creazione giurisprudenziale, relativi alla salvaguardia della competitività dell'impresa e alla cessazione dell'attività.

reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale a un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti»³³³.

La giurisprudenza in materia di giustificato motivo oggettivo – due orientamenti a confronto

L'attività di selezione giudiziaria delle ragioni economiche è potenzialmente più ampia e discrezionale laddove, come in Italia, il legislatore lascia maggiormente indeterminata la nozione di giustificato motivo, consentendo di fatto alla magistratura un'opera creativa, o quantomeno di specificazione della regola³³⁴.

La Suprema Corte nel 2007³³⁵ ha affermato che ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo, le finalità delle “ragioni inerenti all'attività produttiva” sono irrilevanti. Non importa se lo scopo dell'imprenditore è reagire a uno stato di difficoltà economica dell'azienda o semplicemente incrementare i profitti (ad esempio attraverso la redistribuzione dei compiti del licenziato ad

³³³ PERULLI A., *op. cit.*, 561 e ss..

³³⁴ L'analicità delle cause di licenziamento per motivo economico non equivale, tuttavia, necessariamente, a un alleggerimento dell'intervento giudiziario. In Francia, la magistratura è chiamata non solo a verificare la sussistenza della causa, così come tipizzata dal legislatore, ma anche a verificarne il carattere reale (oggettivo, esistente ed esatto del motivo) e serio (cioè sufficientemente importante). In questo modo, attraverso il controllo della *cause réelle et sérieuse*, il motivo economico viene sottoposto a un vaglio ancor più penetrante, consentendo l'opera di selezione causale calibrata sul principio di proporzionalità. Sul carattere *réelle et sérieuse* della causa il controllo si biforca: da un lato, concerne la realtà materiale (così, ad esempio, non sussiste una *cause réelle* se l'imprenditore ha fatto ricorso sistematicamente a Cdd per coprire il posto del lavoratore licenziato); dall'altro riguarda la realtà dell'elemento causale, attinente alle difficoltà economiche o alla minaccia della competitività dell'impresa. Questo elemento causale viene quindi filtrato attraverso il criterio della serietà della ragione, vale a dire la sua gravità e importanza, onde, nonostante il riconoscimento della causa in termini di realtà, è possibile negare la legittimità del licenziamento per carenza in punto di serietà dello stesso. Talvolta la realtà e la serietà del motivo si confondono: così quando la Corte afferma che «né la realizzazione di una cifra di affari minore né la decrescita dei benefici realizzati nello stesso periodo sono sufficienti a caratterizzare la realtà delle difficoltà economiche allegata», ove è evidente che i fatti allegati sono reali, provati ed esatti, ma le difficoltà non sono state giudicate serie, e quindi tali da rendere il licenziamento realmente necessario.

³³⁵ Cass., 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 989.

altri lavoratori o l'esternalizzazione dell'attività a terzi). Non è cioè necessaria, afferma la suddetta giurisprudenza, la sussistenza di un aumento economico negativo per giustificare il licenziamento, dato che l'organizzazione aziendale è modificabile, alla luce dell'art. 41 Cost., I comma, anche e soprattutto per "ottimizzare l'efficienza e la competitività". Il solo requisito richiesto è la sussistenza delle esigenze addotte e la non pretestuosità delle stesse³³⁶.

La suddetta sentenza di Cassazione disattende dunque l'opposto orientamento che pretende, ai fini della legittimità del licenziamento, la sussistenza di un "riassetto organizzativo non pretestuoso e non meramente strumentale ad un incremento del profitto, diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti, che influiscano in modo decisivo sulla normale attività produttiva ed impongano una effettiva necessità di riduzione dei costi"³³⁷.

Mettendo tuttavia a confronto le motivazioni delle sentenze appartenenti ai due differenti orientamenti emerge che a partire da trattezie premesse comuni (affermazione del principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative; limitazione del sindacato del giudice all'effettività della scelta organizzativa; non pretestuosità delle scelte organizzative), i giudici giungono a soluzioni diverse. Il punto decisivo è il significato ascrivito di volta in volta al requisito della *non pretestuosità*. Alcuni giudici utilizzano il test di pretestuosità

³³⁶ Nel senso della irrilevanza del connotato teleologico della modifica organizzativa si esprimono anche Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *D&G*, 2004, 45; Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 668; Cass. 9 luglio 2001, n. 9310, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1241; Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2613; a ben vedere, l'orientamento in parola trova radici in alcune sentenze le quali più genericamente affermano che nella nozione di giustificato motivo oggettivo rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, lasciando intendere che non sia necessaria la ricorrenza di un andamento economico negativo: Cass., 13 novembre 2001, n. 14093, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1913; Cass., 29 marzo 1999, n. 3030, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 449; Cass., 17 agosto 1998, n. 8057, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1712.

³³⁷ Cass., 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Cass., 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. It. dir. lav.*, 2004, II, 838; Cass., 17 maggio 2003, n. 7750, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Cass., 20 agosto 2003, n. 12270, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8; Cass., 8 novembre 1998, n. 11646, in *D&L*, 2000, II, 32; Cass., 17 gennaio 1998, n. 414, in *Notiz. Giur. lav.*, 1998, 190; Cass., 27 novembre 1996, n. 10527, in *D&L*, 1998, II, 173; Cass., S.U., 11 aprile 1994, n. 3353, in *Foro it.*, 1994, I, 1352; Cass., 18 aprile 1991, n. 4164, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, 426.

per arrivare a vagliare l'opportunità della scelta. Altri escludono che il fine di incremento del profitto sia di per sé prova della pretestuosità della scelta imprenditoriale. Non è escluso, peraltro, che nella decisione finale giochino anche profili connessi al più o meno efficace assolvimento del carico probatorio da parte del datore di lavoro (profili che spesso non si colgono nelle motivazioni di una corte di legittimità).

Talune decisioni della Suprema Corte lasciano quindi intravedere una tendenza all'emersione di una lettura dell'art. 3, L. n. 604/66, aderente al principio di insindacabilità delle scelte organizzativo-imprenditoriali di cui all'art. 41 Cost., I comma, coerentemente con gli inviti provenienti dalla dottrina³³⁸. Tuttavia, dal punto di vista del ragionamento economico sottostante, l'applicazione rigorosa del principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali rende irrilevante la valutazione dell'entità del costo-opportunità sopportato dall'impresa; è sufficiente l'emergere di un costo opportunità tale da portare anche lievemente in perdita il bilancio economico del singolo rapporto per rendere legittimo il licenziamento. Col che si arriva a dare ragione alla tesi di M.T. Carinci³³⁹, secondo la quale qualsiasi scelta imprenditoriale genuinamente e veritieramente riferita all'organizzazione aziendale è idonea a giustificare il licenziamento; e questo equivale a dire che è idonea a giustificare il licenziamento una perdita attesa di qualsiasi entità, giudicando la giurisprudenza assai invadente in materia³⁴⁰, in quanto – secondo M. T. Carinci –

³³⁸ Cfr. P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 838 ss.; C. OGRESEG, *Libertà delle scelte economico-organizzative e licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 619; F. STOLFA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento: i primi frutti di un dialogo tra giurisprudenza e dottrina*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 627; F. STOLFA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento: i nodi irrisolti e le soluzioni possibili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 1090 ss..

³³⁹ M.T. CARINCI, *op. cit.*, Padova, Cedam, 2005.

³⁴⁰ Secondo Cass., 9 luglio 2001, n. 9310, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1241, l'art. 3 della legge n. 604/1966 richiede che le ragioni inerenti l'attività produttiva, la cui sussistenza giustifica e quindi rende legittimo il licenziamento, "siano tali nella loro oggettività e non in forza di un atto del datore di lavoro che presenti margini di arbitrarità". In senso conforme si vedano anche Cass., 18 novembre 1998, n. 11646, in *D&L*, 2000, II, 31, con nota di LEPORE; Cass., 18 aprile

giunta a sottoporre le decisioni imprenditoriali ad un esplicito sindacato di merito³⁴¹.

L'art. 41 Cost. e l'onere dell'imprenditore di farsi carico di istanze solidaristiche

Ci si potrebbe quindi chiedere se in caso di mera *difficultas* nell'attuabilità del *repêchage* questo debba essere comunque realizzato, anche in considerazione del fatto che – è stato osservato – pare assai strano riconoscere al datore un potere insindacabile di organizzazione, per poi addossargli l'onere di dimostrare l'impossibilità di assegnare mansioni differenti³⁴². E ciò specialmente ove si rilevi che “*non sarà agevole per le imprese medio grandi provare che nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale non siano presenti utili collocazioni confacenti al nuovo status psicofisico del soggetto*”³⁴³. Alla soluzione del problema giova, forse, un allargamento della prospettiva: pare, allora, opportuno dare menzione di quelle situazioni, differenti ma simili, in cui il potere datoriale di organizzazione ed assunzione è stato oggetto di limitazioni.

1991, n. 4164, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 426 e Cass., 5 aprile 1990, n. 2824, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 306. Peraltro, ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, 114 ss., rileva come i giudici italiani siano particolarmente attenti ai problemi sociali e di protezione dei lavoratori ma poco dotati di cultura economica, il che, sommato alla presenza di tutele nell'azienda ma non nel mercato, li induce a spingersi lungo la pericolosa china della sindacabilità della gestione aziendale. Non tutta la giurisprudenza di legittimità è però orientata in tale senso “invasivo”; non mancano infatti le pronunce che sostengono esattamente il contrario. Tra queste si vedano: Cass., 13 novembre 1999, n. 12603, in *Orient. giur. lav.*, 2000, 186; Cass., 6 aprile 1999, n. 3312, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 136, con nota di ZILIO GRANDI; Cass., 23 giugno 1998, n. 6222, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1378, e Cass., 2 febbraio 1988, n. 986, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc.2.

³⁴¹ Cfr. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2000, 255. *Contra* cfr. PERA, *Colloquio con Pietro Ichino*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, III, 211 ss.; In senso critico STOLFA, *op.cit.*, 120 ss..

³⁴² In proposito si veda BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. lav.*, n. 26, 149; nonché la posizione, nettamente sfavorevole, assunta da PERA nel proprio commento alle S.U. del 1998, *cit.*; 182 ss.

³⁴³ Così LUDOVICO, *L'onere datoriale del repêchage e la sopravvenuta inidoneità del lavoratore nell'interpretazione delle sezioni unite della Cassazione*, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 211 ss.. Ma si veda anche MEUCCI, *Obbligo di ricollocazione in altre mansioni del lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità*, in *Lav. prev. oggi*, 1998, 2068.

In particolare, dalle pronunce di costituzionalità in tema di «*imponibile di mano d'opera*»³⁴⁴ e dalle sentenze di legittimità circa l'assunzione obbligatoria dei disabili da cui emerge che la libertà garantita dal primo comma dell'art. 41 può legittimamente essere limitata purché vi siano adeguate giustificazioni e la compressione del diritto dei privati alla propria autonomia non travalichi determinati limiti³⁴⁵, arrivando così a determinare la soppressione totale dell'iniziativa economica privata. Sicché, alla fine, la questione continua ad essere fino a che punto sia lecito addossare all'imprenditore istanze solidaristiche o oneri di tutela che pur essendo legittimi, sono comunque di competenza statale³⁴⁶.

Forse, è maggiormente corretto, anche in termini di diritto, che l'imprenditore persegua il proprio interesse privato, pur se con limitazioni che portino la sua iniziativa economica a non svolgersi *"in contrasto con l'utilità sociale o in modo*

³⁴⁴ Secondo la Corte Costituzionale, sentenza 5 luglio 1990, n. 316, in *Giust. civ.*, 1990, 2025, questo si verifica quando una previsione normativa impone ad un'impresa privata di assumere determinati lavoratori senza però concedere alcun vantaggio a controprestazione del sacrificio imposto all'imprenditore; sicché *"l'imponibile di mano d'opera è negativamente qualificato dalla mancanza di correttivi che valgano a bilanciare o temperare in qualche modo l'onere derivante all'impresa dall'obbligo di assumere lavoratori in soprannumero"*. Tra le altre pronunce in materia, si vedano le sentenze Corte Cost., 30 dicembre 1958, n. 78, in *Giust. civ.*, 1958, I, 979; e Corte Cost., 29 settembre 1983, n. 279, in *Giust. Civ.*, 1983, 1800. Nonché le sentenze Corte Cost., 29 ottobre 1987, n. 346 e 30 dicembre 1987, n. 622, in *Giust. Civ.*, 1987, rispettivamente, 2667 e 3734; Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 356, in *Giur. it.*, 1994, I, 281; e Corte Cost., 23 dicembre 1994, n. 446, in *Giur. cost.*, 1994, fasc. 6.

³⁴⁵ Questi, in tema di assunzioni obbligatorie, sono stati individuati dalla Corte Costituzionale nella previsione di adeguati correttivi che bilancino e temperino l'onere così addossato alle imprese, nonché nel contenimento di tale onere al di sotto di soglie quantitative minime. Del resto, in tale senso si muovono anche quelle sentenze di legittimità e di merito [cfr. Corte d'Appello di Firenze 12 maggio 2003, in *D&L*, 2003,931, con nota di ROMOLI] che, in tema di assunzione obbligatoria di disabili, hanno affermato che il datore di lavoro può essere sollevato dall'obbligo di assunzione qualora risulti assolutamente impossibile collocare il soggetto disabile nella struttura organizzativa aziendale [Cass., 8 giugno 1998, n. 5639, in *Notiz. giust. lav.*, 1998, 406]; e che il datore può procedere al licenziamento ove l'aggravamento dell'infermità sia tale da non consentire più l'utile occupazione del lavoratore disabile [Cass., 17 luglio 2002, n. 10347, in *Foro it.*, 2002, I, 2614].

³⁴⁶ PAPALEONI, *op. cit.*, 884 ss., parla di: *"auspicata lettura in chiave solidaristica dell'art. 2103 c.c."*.

da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”³⁴⁷, limitazioni che variano e che, nel caso per esempio di *licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, si concretizzano nell’utilità della prestazione all’interno dell’assetto organizzativo stabilito dal solo imprenditore³⁴⁸.

Peraltro, un’ulteriore soluzione, anche se parziale, pare derivare dall’osservazione³⁴⁹ che la valutazione del giudice debba essere condotta in riferimento alla realtà aziendale oggettiva e alla situazione soggettiva del lavoratore sussistente al momento del licenziamento, tralasciate quindi tutte le sopravvenienze³⁵⁰. Pertanto, il giudice dovrà prestare attenzione al fatto che, nella complessiva organizzazione³⁵¹, vi siano posizioni resesi vacanti prima del licenziamento, oppure se il datore abbia proceduto subito dopo il licenziamento a nuove assunzioni, essendo questi due fattori, evidentemente, rivelatori di un posto potenzialmente occupabile dal soggetto licenziato.

Un terzo orientamento giurisprudenziale (minoritario) sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo

È quindi necessario porsi il quesito se la giurisprudenza possa, o meno, sottoporre le decisioni imprenditoriali ad un esplicito sindacato di merito. In particolare, il riferimento è a quel filone giurisprudenziale secondo cui *“la decisione organizzativa aziendale, da cui deriva l’esubero di personale, non può*

³⁴⁷ Così l’articolo 41, secondo comma, della Costituzione.

³⁴⁸ In tema di bilanciamento tra principi costituzionali si veda R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 95.

³⁴⁹ Fatta da MANNACIO, *op. cit.*, 438 ss.

³⁵⁰ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 21 e ss., sottolinea come “per giurisprudenza costante, si ha riguardo alla struttura organizzativa esistente all’atto del licenziamento (purché non preordinata ad arte con atti illeciti) e dunque alle posizioni lavorative in quel momento vacanti; è, infatti, pacifico che il datore non è in alcun modo tenuto a modificare l’organizzazione per creare *ex novo* un «posto» in cui collocare il lavoratore in esubero.”

³⁵¹ Pertanto, come rilevato da CARINCI M.T., *op. cit.*, 23, l’indagine non dovrà riguardare solo: articolazione, reparto, ufficio o sede cui era addetto il dipendente. In proposito si vedano anche, Cass., 23 gennaio 2003, n. 1008 s.m., in *Mass. giust. lav.*, 2003, 256; Cass., 3 ottobre 1998, n. 9768, *cit.*; Cass., 4 settembre 1997, n. 8505, in *DL*, 1998, II, 178.

*essere sorretta da esigenze di mero profitto, ma deve essere dettata da necessità di mercato o dall'intento di migliorare l'efficienza o la produttività dell'impresa"*³⁵².

Se ne deve dedurre che se le difficoltà sono legate a una crisi temporanea, un'azienda non dovrebbe rispondere con la chiusura.

Si può osservare che licenziare è certamente il modo più semplice per ridurre i costi. Ma non è l'unica soluzione e soprattutto non è etico, poiché se fino all'anno prima 'quell'azienda' ha realizzato dei profitti e magari distribuito dividendi, lo ha fatto grazie al lavoro dei suoi dipendenti. Non grazie alle macchine o alla finanza. Ma al lavoro.

Per questo, laddove le imprese accusano un passivo, non possono rimediare scaricando i lavoratori. Fare ciò significa privatizzare gli utili e socializzare le perdite. L'azienda deve perciò accollarsi quel costo del lavoro, temporaneamente improduttivo, ma che le ha fatto guadagnare fino a ieri e la farà guadagnare di nuovo domani.

Certamente se la crisi è strutturale come nel caso di un'azienda che produce macchine da scrivere quando le persone usano i computer, non ha molte alternative e sarebbe ingiusto scaricare tutte le responsabilità all'azienda chiedendole di restare per lungo tempo in perdita, perché distruggerebbe ricchezza e quindi lavoro.

Ciò che oggi si avverte come esigenza imprescindibile è una diversa interpretazione dell'impresa, piuttosto un'"intrapresa' come comunità di uomini e donne, radicata in un territorio, per creare sviluppo e benessere a favore dei singoli e della comunità stessa. La responsabilità personale e d'impresa quindi diviene il perno centrale dell'agire, a cominciare dal farsi carico del futuro di chi ha lavorato con l'impresa, di coloro che hanno contribuito al suo sviluppo, di territori cresciuti insieme e a volte per quell'impresa³⁵³.

³⁵² Cass., 9 luglio 2001, n. 9310, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1241. In senso conforme si vedano anche Cass., 18 novembre 1998, n. 11646, in *DL*, 2000, II, 31, con nota di Lepore; Cass., 18 aprile 1991, n. 4164, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 426 e Cass., 5 aprile 1990, n. 2824, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 306.

³⁵³ Intervista di Marco Girardo a Luigino Bruni, *Contro la crisi, imprese più responsabili*, il Sole 24 ore, 2 Febbraio 2010.

La teoria della c.d. “perdita attesa” di Pietro Ichino in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Particolare interesse per la dottrina è suscitata dal licenziamento per motivi economici, tipologia di licenziamento che più si presta ad alimentare il dibattito tra potere dell'imprenditore, e quindi di iniziativa economica, e potere di controllo giudiziario.

In particolare P. Ichino, è tra gli studiosi del diritto che più si è dedicato a tale tema, ritenendo che per aversi un giustificato motivo oggettivo sia sufficiente una *perdita attesa* dalla prosecuzione del rapporto di lavoro con il lavoratore licenziato. In particolare, afferma Ichino, occorre che tale perdita attesa, *superi una determinata soglia minima*, dando così una garanzia al rapporto di lavoro e - attraverso il giustificato motivo oggettivo - un limite della copertura del rischio posta a carico dell'impresa³⁵⁴.

Da tale tesi ne deriva che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha un'implicazione processuale rilevante: la *perdita attesa*, che non è né documentale e né testimoniale.

Giova anzitutto precisare che nella dottrina economica quando si considerano i costi derivanti da una scelta effettuata tra più alternative possibili abitualmente si fa riferimento alla nozione di *costo-opportunità* che è costituito dalla rinuncia all'utilità associata ad un'alternativa praticabile rispetto alla scelta compiuta.

Tale concetto di *costo-opportunità* - afferma Ichino³⁵⁵ - guida la scelta del datore di lavoro quando debba decidere se licenziare un lavoratore per motivo organizzativo: se non vi sono motivi discriminatori o illeciti, quindi, la decisione datoriale dipende da una comparazione tra *costi* e *benefici* derivanti dalla continuazione del rapporto e costi benefici derivanti dalla soluzione alternativa. Il rapporto sarà tenuto in vita finché il suo bilancio complessivo non sarà in perdita. Quando ciò avvenga al datore di lavoro non converrà più sopportare il

³⁵⁴ Lezione di PIETRO ICHINO all'Università di Milano, 11 giugno 2010, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*.

³⁵⁵ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 439 ss..

costo-opportunità della scelta alternativa e, se agisce razionalmente, deciderà di recedere, salvo che l'ordinamento associ al recesso costi di altro genere di entità pari o superiore alla perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto.

Ichino tuttavia non si limita a leggere il comportamento del datore di lavoro alla luce del concetto di *costo-opportunità*, spingendosi invece ad ipotizzare che gli stessi giudici utilizzino implicitamente già oggi, in molte circostanze (anche se non sempre), il concetto di *costo-opportunità* per decidere sulla legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Secondo la tesi proposta, nel diritto vivente i giudici formulano il giudizio sulla (il)legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo considerando essenzialmente l'entità del costo sopportato dal datore di lavoro per mantenere in vita un rapporto di lavoro che si svolge, per l'impresa, in perdita.

Afferma quindi Ichino che solo se la perdita attesa supera una certa soglia, il datore di lavoro può esercitare legittimamente il recesso: al di sotto della soglia il rischio della prosecuzione del rapporto di lavoro in perdita rimane in capo al datore di lavoro, coerentemente con la concezione, mutuata dalla dottrina microeconomica, del rapporto di lavoro come rapporto a contenuto assicurativo.

Il giudizio di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo - afferma Ichino - si svolgerebbe dunque in molte occasioni già oggi secondo lo schema sostanziale del *fring cost*. Con lo svantaggio, tuttavia, che la definizione della soglia limite è stabilita dal giudice caso per caso e in modo spesso non trasparente. Di qui la proposta di Ichino di abbandonare, per tramite di un intervento legislativo, l'incerto controllo giudiziale sulla giustificazione del licenziamento per motivi economici, a favore dell'introduzione di un sistema limitativo del licenziamento fondato sulla determinazione legale di "soglie-parametro di perdita" sopportabile dall'impresa.

Non si può tuttavia non notare la difficoltà pratica di determinare i *costi-opportunità* che non possono essere ricavati da semplici analisi di bilancio, il che fa riflettere in una prospettiva di riforma incardinata sul *fring cost*, sulla

saggezza che sarebbe necessaria al legislatore nel momento in cui si accingesse a stabilire i parametri per la determinazione di (equilibrati) *fring cost*³⁵⁶.

Ichino ad ogni modo nella sua tesi evidenzia alcuni difetti evidenti del controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo, in quanto il principio egualitario è applicato in modo diseguale (da zona a zona) nel nostro sistema attuale. Può per esempio accadere che un lavoratore incolpevole sia licenziato legittimamente per una lieve perdita, quindi senza alcun indennizzo; esemplifica Ichino: per una stanza rassettata in più o in meno, la cameriera può avere tutto o perdere tutto³⁵⁷.

§ c). - Alcuni dati statistici della giurisprudenza di merito

Si comprende intuitivamente che nel momento in cui la legittimità di un licenziamento viene posta di fronte ad un giudice, gli si conferisce un grado di discrezionalità forse maggiore di quanto non accada in altri settori del diritto civile o delle altre cause dei processi di lavoro. Sia che si tratti di giusta causa o giustificato motivo soggettivo oppure di giustificato motivo oggettivo, il giudice si trova a soppesare le ragioni del pro e del contro per poi far pendere il piatto della bilancia da una sola parte. Nel fare questo il magistrato può essere influenzato da vari fattori, che vanno dall'orientamento generale della sezione di cui fa parte ai suoi personali giudizi di valore, nonché alla situazione economica del mercato del lavoro in cui si trova, ed in particolare dal grado di disoccupazione ivi presente³⁵⁸.

I dati statistici di alcune decisioni giurisprudenziali

³⁵⁶ Cfr. M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione del giustificato motivo soggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 994.

³⁵⁷ Lezione di PIETRO ICHINO all'Università di Milano, 11 giugno 2010, *op.cit.*.

³⁵⁸ Per una trattazione diffusa di casi pratici nella giurisprudenza del lavoro: M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003.

L'ipotesi secondo la quale i giudici siano influenzati dal grado di disoccupazione è stato studiato in due lavori da Ichino³⁵⁹ basati su un *data base* di licenziamenti effettuati in un lungo arco di tempo da una banca avente sportelli in tutta Italia; una parte dei licenziamenti sono stati impugnati dai lavoratori ed hanno portato a sentenze; si tratta di licenziamenti dovuti a comportamento del lavoratore.

Dal lavoro emerge che risulta (econometricamente) una maggiore probabilità che uno stesso giudice decida a favore del lavoratore nel sud rispetto al nord. In un altro lavoro di Macis³⁶⁰ si esaminano i dati aggregati ISTAT dai quali risulta che le impugnazioni presso i giudici sono chiaramente influenzati dal mercato del lavoro, ma che le sentenze dei tribunali nel sud sono meno favorevoli ai lavoratori di quanto non lo siano quelle nel nord.

Tuttavia – v'è da dire – che l'analisi econometrica, per quanto ben condotta, si basa su un numero limitato di sentenze, tutte su licenziamenti in uno specifico settore e per uno stesso tipo di motivazione (giusta causa e giustificato motivo soggettivo). Vi sarebbe quindi necessità di altre analisi empiriche per portare ulteriore luce su questo come su altri aspetti.

I casi del Tribunale di Roma

Le cause di lavoro per licenziamento costituiscono una piccola parte del complesso di cause presso le sezioni lavoro dei vari tribunali italiani; e probabilmente i licenziamenti che finiscono di fronte al tribunale sono relativamente pochi. Dai dati statistici elaborati in un lavoro dell'università di Pavia³⁶¹ risulta che le conciliazioni (che il giudice è tenuto ad esperire alla prima udienza) sono oltre la metà delle sentenze, con una netta differenziazione tra nord e sud (dove sono invece una percentuale bassa). Ma esistono accordi tra le

³⁵⁹ A. ICHINO, P. ICHINO, M. POLO, *Il mercato del lavoro e le decisioni dei giudici sui licenziamenti*, in *L'Italia da semplificare: I Le istituzioni*, a cura di Cassese S. e Galli G., Il Mulino, 1998.

³⁶⁰ Dati ISTAT-MACIS, *Sui Procedimenti di Primo grado in materia di licenziamenti individuali in Italia*, 2001.

³⁶¹ R. PALADINI e A. GABRIELLI, XV Conferenza SIEP (Società italiana di economia pubblica), *Diritti, regole, mercato, economia pubblica ed analisi economica del diritto*, Pavia, Università, 3 - 4 ottobre 2003.

parti che avvengono dopo la lettera di contestazione ma prima dell'impugnazione formale di fronte al giudice.

Il lavoratore va dal giudice con l'intento di ottenere quella somma che il datore di lavoro rifiuta di dargli; questo è vero anche in molte cause con imprese aventi più di quindici dipendenti; anche in questo caso il lavoratore è spesso interessato a "monetizzare" la sentenza di reintegro. Solo nei casi di grandi imprese il lavoratore sceglie il reintegro, oppure nelle situazioni in cui sia difficile trovare un altro posto di lavoro.

Il risultato forse più sorprendente che R. Paladini e A. Gabrielli hanno trovato è che nelle sentenze per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, in cui la ragione del licenziamento sta in una condotta del lavoratore, nella maggioranza (circa due terzi) delle sentenze il giudice non entra nel merito della condotta, ma accoglie o respinge la richiesta del lavoratore per motivi procedurali. Guardando dentro questo tipo di sentenze è facile accorgersi che i lavoratori delle imprese sotto i quindici hanno un forte handicap rispetto agli altri, per via della difficoltà di provare che il distacco dal posto di lavoro sia stato dovuto a licenziamento e non ad abbandono con o senza mutuo accordo. L'art. 7 St. lav. risulta quindi "statisticamente" molto rilevante nel determinare la sentenza. Ma anche nei casi in cui la sentenza di tipo procedurale risulta favorevole al lavoratore, può benissimo accadere che la sentenza sia troppo severa per il datore di lavoro che non ha rispettato la procedura formale.

D'altra parte il giudice ha di fronte a sé una strada obbligata: può dire solo o sì o no; deve avere le prove che il rapporto sia di lavoro subordinato, che si sia trattato di licenziamento, che questo sia avvenuto secondo le regole prescritte, e così via. Solo in un terzo dei casi arriva a valutare il merito della condotta attribuita al lavoratore, ed anche in questo caso deve decidere da che parte far pendere la bilancia; non gli è possibile cioè attribuire percentuali di responsabilità alle due parti e quindi stabilire l'eventuale somma risarcitoria (solo nella compensazione delle spese i giudici si attengono in genere ad una soluzione salomonica). Il carattere binario della decisione accentua anche il fenomeno (che R. Paladini e A. Gabrielli hanno notato come differenza tra giudici uomini e giudici donne, ma che può poi sussistere in entrambi i sessi)

per cui le due parti hanno di fronte a loro il rischio dell'orientamento del giudice; è ben vero che esistono altri due gradi di appello, ma i tempi, i costi e l'incertezza aumentano notevolmente³⁶².

§ d). - Le valutazioni economiche nell'esercizio del potere di controllo giudiziario

Come ha fatto notare un'autorevole dottrina³⁶³ è dimostrata l'esistenza in diversi ordinamenti occidentali, al di là delle diverse tradizioni e tecniche normative impiegate, di un substrato giuridico-culturale comune, di una concordanza nell'approccio teorico-pratico che si consolida, in particolare, attraverso sincretismi metodologici giudiziari, lo sviluppo dei quali è stato possibile, prima di tutto, grazie alla penetrazione di un valore, condensato in un principio, quello della tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, che nel caso della regolazione del licenziamento si è concretizzato nel principio di stabilità dell'impiego.

Nel diritto italiano il valore della stabilità dell'impiego, di ascendenza costituzionale (art. 4 Cost.), è riaffermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte a giustificazione del controllo sulle ragioni del licenziamento e dell'attitudine del giudice a selezionare le ragioni economiche che costituiscono giustificato motivo oggettivo da quelle che invece non ne integrano gli estremi. Il valore della stabilità si è introiettato nel tessuto normativo e di questo tessuto si è nutrito, contribuendo attraverso l'interpretazione giurisprudenziale a fornire un senso e una prospettiva valoriale al quadro legale, altrimenti neutro, costituito in tutti i paesi considerati dalla presenza di limiti esterni e interni al potere dell'imprenditore. Questo valore della stabilità si è quindi inverato negli ordinamenti grazie a due dinamiche concorrenti: la legge, che ha realizzato l'inquadramento legale tipico del potere di licenziamento, altrimenti libero e

³⁶² A. ICHINO, P. ICHINO, M. POLO, *op. cit.*; R. PALADINI e A. GABRIELLI, *op. cit.*.

³⁶³ PERULLI A., *op. cit.*, 570 e ss..

arbitrario; l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che sulla base di quel materiale normativo ha rimodellato il controllo giudiziale e la sua capacità di penetrazione, mobilitando il principio di razionalità/ proporzionalità nelle sue diverse articolazioni: adeguatezza causale, necessità, ponderazione e bilanciamento dei diversi interessi in gioco³⁶⁴.

SEZ. 2). - LA TENDENZE RECENTI: EVITAMENTO DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO E MONETIZZAZIONE DEL RECESSO

Progressivamente, sotto la spinta dell'imperativo economico della flessibilità e delle critiche di vario ordine (pragmatico, dogmatico e sociale) nei confronti dell'ufficio del giudice, il controllo giudiziale è stato fatto oggetto di una strategia di «evitamento», diretto o, più spesso indiretto, in diversi ordinamenti europei³⁶⁵, mediante tecniche diverse indennizzando il lavoratore illegittimamente licenziato, seppure a un costo più elevato di quanto previsto in caso di licenziamento economico.

In Italia, sono state sempre più spesso messe in atto strategie di evitamento del controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri datoriali con normative di carattere generale volte a limitare l'esercizio dello stesso *officium* del giudice.

L'art. 30 del Collegato lavoro (legge n. 183/2010)

³⁶⁴ PERULLI A., *op. cit.*, 570 e ss.

³⁶⁵ In Francia, altri strumenti di evitamento del controllo giudiziale sono stati mobilitati per consentire all'impresa di sciogliere il vincolo contrattuale senza ricorrere al licenziamento per motivo economico. Con la legge di «modernizzazione» del mercato del lavoro (25 giugno 2008) è stato introdotto un nuovo istituto, la *rupture conventionnelle*: una sorta di scioglimento del rapporto per mutuo consenso grazie al quale il prestatore riceve un'indennità corrispondente, come minimo, all'indennità prevista dalla legge in caso di licenziamento (art. L. 1237-13 C. *trav.*), potendo altresì fruire dell'indennità di disoccupazione. Di conseguenza, gli imprenditori utilizzano questo strumento come «sostituto funzionale» del licenziamento, evitando ogni controllo giudiziale sui motivi del recesso.

Come già visto l'art. 30 del Collegato lavoro (legge n. 183/2010)³⁶⁶ pone in essere il tentativo, sebbene probabilmente destinato all'insuccesso, di orientare il giudice verso una visione assai modesta del controllo di legittimità, che dovrebbe essere limitato alla verifica di due elementi: da un lato, la sussistenza materiale della causa (qualunque essa sia), onde prevale la valutazione della causa ragione/ motivo economico sulla circostanza che si tratti di una causa giusta o di un motivo giustificato); dall'altro, la verifica del nesso causale tra la causa ragione e l'atto di esercizio del potere. Ritorniamo quindi a una concezione ristretta della natura e della funzione del sindacato giudiziario, che non deve investire le motivazioni dell'atto di esercizio del potere imprenditoriale. Di fatto, il disposto censura l'atteggiamento selettivo della giurisprudenza che, in materia di giustificato motivo oggettivo, richiede una «*seria ragione di utile gestione dell'impresa*» o «*un'effettiva necessità di riduzione dei costi*» e non una finalità di mero accrescimento del profitto, onde il licenziamento viene vagliato alla luce di una reale necessità organizzativa. È evidente, infatti, che in questi casi il giudice, nell'interpretare la norma elastica, opera un'integrazione/ specificazione del suo contenuto, trasformando la logica puramente individualistico-mercantile dell' *homo oeconomicus* in una funzionale alle esigenze dell'organizzazione (mettendo quindi in evidenza limiti interni) e maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali del lavoratore.

L'art. 8 della Legge n. 148/2011)

Sul piano della disciplina sostanziale sul licenziamento, volte all'evitamento del controllo giudiziario, si rileva anche la norma di cui

³⁶⁶ L'art. 30 del Collegato lavoro (legge n. 183/2010) stabilisce che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge (...) contengono clausole generali, ivi comprese le norme in tema di (...) recesso, il controllo giudiziale è 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 che competono al datore di lavoro o al committente»

all'art. 8 della legge n. 148/2011, che abilita la contrattazione collettiva aziendale (cd. di prossimità) a intervenire in funzione derogatoria (anche) sulla disciplina del recesso³⁶⁷, bypassando il controllo giudiziario. Con questa previsione, tuttavia, il legislatore apre, forse inconsapevolmente, un ampio fronte di controllo giudiziario, non già sulle ragioni del licenziamento ma sulla razionalità (*id est* coerenza rispetto al fine) della contrattazione di prossimità funzionalizzata³⁶⁸.

La riforma Fornero

Altra via seguita dal legislatore, forse la via maestra, volta all'evitamento del controllo giudiziario, ha puntato alla riforma dell'art. 18 Stat. lav., contemplata nella cd. riforma Fornero, che riguarda tanto il fronte del controllo quanto quello dei rimedi nei confronti del licenziamento illegittimo. La riforma, aprendo una breccia al principio della stabilità reale del posto di lavoro, abilita il giudice, in caso di licenziamento economico, a scegliere tra la reintegrazione e l'indennizzo. Nei primissimi commenti, la novità è stata vista con preoccupazione, in quanto il legislatore avrebbe utilizzato concetti vaghi e oscuri, paventandosi un ruolo del giudice ancora più ampio e un esito del giudizio ancora più incerto di oggi. In realtà, le cose stanno diversamente. Certo, non ha prevalso la logica della pre determinazione del costo del licenziamento, presente, ad esempio, nella originaria proposta sul contratto unico (nella versione Ichino); questa ipotesi, finalizzata alla completa «sterilizzazione» dell'ufficio del giudice, non è stata accolta, e il licenziamento per motivo economico continuerà a essere un atto apprezzabile, nelle sue ragioni, da parte del giudice, così come accade in tutti i paesi europei. L'innovazione non riguarda quindi il *controllo del giudice*, e la sua latitudine, che rimarrà tale, quanto i *rimedi* su cui il prestatore

³⁶⁷ Specificamente sulle «consequenze del recesso dal rapporto di lavoro».

³⁶⁸ Per questo profilo si ceda A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la "Rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in W.P. Csdle "Massimo D'Antona".IT, n. 132/2011.

potrà fare affidamento. Il giudice potrà scegliere tra reintegrare il lavoratore o disporre un indennizzo. Ma in questa scelta la sua discrezionalità non sarà così ampia come può sembrare a prima vista; né il legislatore ha usato a tal fine espressioni oscure. La distinzione presuppone semplicemente un distinguo tra il concetto di licenziamento invalido perché il giustificato motivo *non sussiste*, in quanto - come si esprime il legislatore della riforma - «*non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo*», e il licenziamento invalido per «*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*» (art. 1, comma 42). Orbene, il primo caso si avrà quando la motivazione del licenziamento riguarda una ragione economica in sé esistente, ma non integrante, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo: ad esempio, nel caso in cui il licenziamento sia disposto per un motivo di riduzione di costi, o per incremento del profitto; fattispecie che, come abbiamo visto, la giurisprudenza comunemente ritiene non rientranti nella nozione di ragione legittimante il recesso. In tale evenienza non sussiste il giustificato motivo, pur sussistendo un motivo economico (la riduzione dei costi o l'incremento del profitto non sono fittizi): la conseguenza sarà l'indennizzo del lavoratore (da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità). Diverso il caso della «*manifesta insussistenza*», ove è lo stesso fatto produttivo-organizzativo posto a base del licenziamento che in realtà non sussiste: ad esempio, viene disposto un licenziamento per soppressione della funzione, ma in realtà tale funzione è mantenuta in ambito aziendale; o per una riorganizzazione aziendale, ma in assenza di una vera e propria difficoltà economica cui far fronte. Qui non solo non sussiste il giustificato motivo oggettivo, ma neppure è apprezzabile la ragione economica in sé considerata (manca la soppressione della funzione; manca la difficoltà aziendale): è evidente che la conseguenza dovrà essere più onerosa per l'impresa, che per giustificare il recesso ha proposto una falsa rappresentazione della realtà.

Il rimedio potrà (ma si legge *dovrà*) essere la reintegrazione del lavoratore³⁶⁹.

In sostanza, facendo un buon uso dei principi generali e della ormai consolidata giurisprudenza sul licenziamento per motivo economico, la riforma - pur registrando un innegabile regresso nella tutela del prestatore - potrebbe entrare a regime su binari ben saldi e conosciuti³⁷⁰.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione

Altra via volta allo sviamento dal controllo giudiziario è la (re)introduzione da parte della Legge Fornero del tentativo obbligatorio di conciliazione presso la direzione territoriale del lavoro per i casi di licenziamento economici, sempre che le parti abbiano la volontà di addivenire a un accordo e non avventurarsi in annose liti giudiziali.

Come già visto infatti è stata introdotta una procedura preventiva di conciliazione obbligatoria per i datori di lavoro. Ai sensi del nuovo articolo 7 della legge n. 604/1966, prima di procedere al licenziamento, il datore di lavoro che abbia i requisiti dimensionali prescritti per l'applicazione dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori (più di 15 dipendenti nella singola unità produttiva 6 nell'ambito comunale o più di 60 nell'ambito nazionale) deve inoltrare una comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il dipendente presta la sua opera³⁷¹.

Si tratta di un meccanismo che, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe incentivare le parti verso la soluzione conciliativa preventiva, con conseguente auspicata diminuzione del contenzioso giudiziale.

³⁶⁹ Questa interpretazione trova un parallelo nel modello francese, ove la giurisprudenza, come abbiamo visto, distingue tra inesistenza del motivo economico e deficit di serietà dello stesso, sancendo quest'ultima fattispecie con la nullità/inesistenza dell'atto.

³⁷⁰ PERULLI A., *op. cit.*, 570 e ss.

³⁷¹ La comunicazione deve essere trasmessa per conoscenza anche al lavoratore.

Di conseguenza tale strumento potrà permettere alle parti di evitare l'alea del controllo giudiziario, sempre ovviamente che entrambi le parti abbiano la volontà di arrivare ad un accordo transattivo. Si può quindi affermare che surrettiziamente la riforma con la modificando le sanzioni e reintroducendo il tentativo obbligatorio di conciliazione limita il sindacato del giudice col risultato che il licenziamento sarà meno controllato.

§ a). - Il controllo dei giudici nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: il costo sociale e la ponderazione dei principi applicabili

Il ragionamento implicito fondato “sull'entità della perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto di lavoro” pare non essere neppure presente nelle sentenze che negano la ricorrenza del giustificato motivo oggettivo quando il lavoratore sia stato sostituito da un altro lavoratore assunto in ipotesi con condizioni di lavoro per l'impresa meno onerose del precedente³⁷². Viene da osservare che se lo schema sostanziale che guida il giudizio fosse l'entità del *costo-opportunità*, dovrebbero rinvenirsi sentenze che decidono per la legittimità del licenziamento nel caso di ampio divario, a parità di produttività, tra le retribuzioni dei due lavoratori. Ma ciò non accade.

Ancora, come è noto, la giurisprudenza è orientata ad ammettere la legittimità del licenziamento a seguito dell'esternalizzazione di attività aziendali³⁷³. Tuttavia se davvero il concetto di *costo-opportunità* fosse preso in considerazione dai giudici, dovremmo trovare in giurisprudenza decisioni nelle

³⁷² Cass., S.U., 11 aprile 1994, 3353, *cit.*; Cass., 17 marzo 2001, n. 3899, in *Lav. prev. oggi*, 2001, 1415; Cass., 30 luglio 2001, n. 10371, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1141; Trib. Milano, 20 dicembre 2001, in *D&L*, 2002, 433.

³⁷³ Cass., 23 giugno 1998, n. 6222, in *Lav. Giur.*, 1999, 181; Cass., 30 marzo 1994, n. 3128, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 173.

quali il licenziamento è annullato a fronte dell'esiguo beneficio dell'esternalizzazione.

Del resto se guardassero al costo-opportunità i giudici non si sarebbero divisi, come si è visto, tra coloro che ritengono illegittimo il licenziamento anche a fronte di iniziative di c.d. efficientamento volto ad aumentare i profitti e coloro che invece lo considerano legittimo: se l'elemento dirimente fosse il *costo-opportunità* dovremmo registrare soluzioni differenziate a seconda dell'entità della perdita sopportata, essendo indifferente che questa derivi da mancato profitto o da perdite non evitate³⁷⁴.

In realtà, nella formulazione dei giudizi, da un lato pare avere talvolta peso rilevante la considerazione di valori (evidentemente presenti nel sentire comune), quali verosimilmente il valore della stabilità nel posto di lavoro ed in ultima analisi della dignità del lavoratore³⁷⁵. Sovente infatti si ha l'impressione che i giudici considerino l'art. 3, L. 604/66, alla stregua non di una norma generale, ma di una clausola generale, attraverso la quale filtrano valori e principi inerenti alla persona lavoratore. Dall'altro lato, quando per esempio i giudici estendono il controllo della sussistenza della ragione e del c.d. nesso causale fino a lambire la congruità e l'opportunità della scelta imprenditoriale, sembra prevalere la preoccupazione di evitare che una lettura dell'art. 3, L. n. 604/66, rigorosamente conforme al principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali finisca per rendere troppo facile il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, consentendo licenziamenti formalmente giustificati da ragioni tecnico-organizzative-produttive opportunistiche o addirittura inesistenti³⁷⁶.

Il costo sociale

³⁷⁴ Cfr. P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione*, op. cit., 839.

³⁷⁵ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, e G. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, ne *La stabilità come valore e come problema*, a cura di M.V. BALLESTRERO, Torino, 2007.

³⁷⁶ M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2004, 800.

Volendo esercitarsi in un tentativo di lettura con le lenti dell'economista della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento, forse si può arrivare a sostenere che se c'è una nozione di costo che, in alcune circostanze, i giudici tengono in considerazione nelle decisioni, questa è – con qualche approssimazione – quella di *costo sociale*.

La nozione di costo sociale comprende sia i costi privati sostenuti da un soggetto a seguito di una decisione, sia i costi c.d. esterni (o “esternalità”), quelli cioè sostenuti da soggetti terzi (i singoli individui o la società nel suo complesso) a seguito della decisione presa dal soggetto agente. I costi esterni sono spesso non-monetari e quindi difficili da quantificare e da comparare con i costi espressi in valori monetari. Così, ad esempio, il costo privato di un motociclista che corre generando rumore assordante (cioè il prezzo di acquisto del bene e il costo di mantenimento: carburante, manutenzione, ecc.) diverge dal costo sociale generato dall'attività di quel motociclista, comprendendo tale costo i costi esterni sopportati dalla società e dal singolo cittadino (aumento dell'inquinamento acustico e atmosferico, aumento dei costi per cure a carico del sistema sanitario pubblico, ecc.) al netto dei benefici (es. diminuzione del traffico automobilistico).

I giudici sembrano talvolta considerare opportuno un controllo dei costi sociali complessivamente derivati dal licenziamento, sia sotto il profilo dell'entità, sia sotto il profilo dell'equilibrio tra costi interni (privati) e costi esterni.

Da un lato, in alcuni casi ritengono legittimo il licenziamento quando i costi privati del mantenimento in vita del rapporto sono eccessivi, come quando per consentire il *repêchage*, sia necessario riorganizzare o addirittura stravolgere l'azienda³⁷⁷; dall'altro in molte occasioni valutano sproporzionato il costo esterno del licenziamento in termini di sacrifici di beni di soggetti (i lavoratori) colpiti dalla decisione imprenditoriale rispetto al beneficio in termini di riduzione di costi privati. Così, un elevatissimo “costo esterno” pare generare la

³⁷⁷ Cass., 2 agosto 2001, n. 10574, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 161 (nota di: ROSIN); Cass., 13 novembre 1990, n. 12603, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 521; Cass., 4 settembre 1997, n. 8505, in *DL*, 1998, II, 136.

lesione del bene “dignità” quando il lavoratore viene sostituito da un altro lavoratore meno costoso; egualmente secondo alcune sentenze, il mero perseguimento di incrementi di profitto (privato) non compensa adeguatamente il costo esterno connesso alla perdita di posti di lavoro. Alcuni giudici, insomma, paiono decidere avendo l’obiettivo di impedire i licenziamenti che siano frutto di scelte organizzative il cui bilancio sociale è in perdita. Si coglie chiaramente l’adesione seppur mascherate dietro le consuete formule di rito circa l’insindacabilità delle scelte imprenditoriali, alla tesi dottrinali che negli anni ’70 predicavano la funzionalizzazione dell’iniziativa economica all’utilità sociale. Passate di moda in dottrina, trovano ora piccole inaspettate rivincite nella prassi giurisprudenziale³⁷⁸.

P. Ichino conferma tale impostazione, osservando anch’egli che, effettivamente, nella maggior parte dei casi i giudici di merito decidono sul giustificato motivo oggettivo tenendo conto essenzialmente del “costo sociale” del licenziamento. Infatti – prosegue – qualsiasi licenziamento produce sempre un costo sociale, per lo più costituito essenzialmente dal danno che ne deriva per il lavoratore interessato. Fa tuttavia notare Ichino come non basti un costo sociale di qualsiasi entità, anche minima, per rendere qualsiasi licenziamento illegittimo, poiché altrimenti tutti i licenziamenti sarebbero illegittimi. Appare dunque ragionevole secondo Ichino costruire la regola del giustificato motivo nei termini di un bilanciamento tra il *costo sociale* e la *perdita aziendale attesa*. In questo ordine di idee, il giudice fa riferimento al costo sociale per determinare la soglia al di sotto della quale l’impresa deve tenersi la perdita, confermandosi in tal modo il contenuto assicurativo del rapporto di lavoro³⁷⁹.

La ponderazione tra principi

Parte della dottrina cerca di razionalizzare gli orientamenti più invasivi del potere imprenditoriale, ammettendo – in una prospettiva di necessaria

³⁷⁸ M. NOVELLA, *op. cit.*, 996.

³⁷⁹ P. ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 998.

ponderazione tra principi – la possibilità di controlli di coerenza e adeguatezza, di necessità, nonché proporzionalità del sacrificio imposto dall'atto per la realizzazione del fine tutelato³⁸⁰. In tale ordine di idee il controllo di coerenza/adequatezza autorizza l'indagine sul c.d. nesso di causalità. Nello spettro del controllo di necessità è invece ricondotto il controllo dell'avvenuto tentativo di *repêchage*, nonché il controllo dell'esistenza di una seria ragione di utile gestione dell'impresa (che secondo lo stesso Perulli, non può esaurirsi nella finalità di mero accrescimento del profitto, richiedendovi invece una "effettiva necessità di riduzione dei costi").

Il controllo di proporzionalità infine apre la strada alla ponderazione per via giudiziale degli interessi in gioco, attraverso il ricorso alla buona fede e alla correttezza in funzione esplicativa del principio di solidarietà sociale³⁸¹.

In una diversa prospettiva altra dottrina³⁸² arriva egualmente a concludere nel senso dell'illegittimità del licenziamento del lavoratore sostituito con altro "più utile" all'azienda, nonché del licenziamento attuato per incrementare il profitto in assenza di difficoltà aziendali, spostando l'oggetto del sindacato giudiziale dalle ragioni produttive/organizzative alle modalità di esercizio del potere datoriale di recesso. Così il giudice è chiamato a valutare se il comportamento del datore di lavoro in occasione del licenziamento risponde a canoni di "lealtà", "solidarietà" e buona fede, tenendo presente che nella nozione di buona fede "è compreso anche un obbligo di salvaguardia di utilità altrui"³⁸³.

Peraltro, si può probabilmente giungere a riconoscere la possibilità di un controllo giudiziale sulla (eventuale) pretestuosità della (pur sussistente)

³⁸⁰ A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, 28. PERULLI, in O. MAZZOTTA, *op. cit.*, Torino, 2008, 62.

³⁸¹ In tal senso anche A. ANDREONI, *Razionalità e proporzionalità nei licenziamenti 'oggettivi'*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 87 ss..

³⁸² E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006.

³⁸³ L. CAVALLARO, *Un caso interessante per la riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: due opinioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 692.

modifica organizzativa, ammettendo che sia possibile sindacare l'atto di licenziamento non solo sotto il profilo dell'oggettivo sviamento fraudolento della causa in concreto del licenziamento³⁸⁴, ipotesi che si configura quando per esempio il datore di lavoro pone in essere una modifica della struttura organizzativa aziendale effettiva, ma pretestuosa, cioè "per perseguire con il licenziamento uno scopo ulteriore". Quale esempio di licenziamento fraudolento Nogler porta il caso della sostituzione di un lavoratore con un altro. Naturalmente l'assorbimento nell'area della frode implica l'addossamento dell'onere della prova dell'illiceità del licenziamento al lavoratore (visto che la modifica organizzativa non è in questione sotto il profilo della sussistenza).

Il sindacato giudiziale sulla causa concreta del licenziamento contribuisce ad attenuare il timore che l'indagine sulla sola effettività della scelta organizzativa sia insufficiente a "intercettare" adeguatamente i licenziamenti adottati a fronte di esigenze organizzative o produttive pretestuose, nella consapevolezza che allo scopo non sempre giova la consueta indagine sul c.d. nesso di causalità, posto che quest'ultimo non è ricostruibile in termini deterministici ma semmai in termini probalistici³⁸⁵.

La necessità di ricondurre a sistema il licenziamento per motivi economici

Osserva Ichino che è ben vero che gli orientamenti giurisprudenziali con cui oggi abbiamo a che fare, sono difficilmente riconducibili a sistema. È difficile per esempio conciliare sul piano logico la massima secondo cui è sempre consentito licenziare per soppressione del posto di lavoro (massima che sembrerebbe confermare la legittimità del licenziamento in presenza di una perdita attesa di qualsiasi entità) con quella che impone il *repêchage* (massima che sembrerebbe invece affermare l'imponibilità all'impresa di una perdita attesa ridotta); e ancor più difficile conciliare la massima che consente di sostituire al lavoratore

³⁸⁴ L. NOGLER, *op.cit.*, 593 e ss..

³⁸⁵ M. NOVELLA, *op. cit.*, 997.

una macchina con quella che vieta di sostituire al lavoratore un altro lavoratore più efficiente³⁸⁶.

Si pone quindi secondo Perulli la questione di un ripensamento generale della materia proponendo di rimpiazzare i dispositivi di controllo giudiziario dei licenziamenti economici con un sistema di tassazione, fondato su meccanismi incitativi e/o *bonus malus*, volti a internalizzare i costi sociali del licenziamento. Attuando in tal modo, a tutto favore di una regolazione finanziaria che sottrae al giudice il potere di vagliare il carattere giustificativo o ingiustificativo del recesso, una sostanziale rimozione di una parte considerevole del diritto del lavoro, che, in quanto fondato su principi contrapposti, non può che operare un bilanciamento degli interessi e produrre decisioni, fors'anche approssimative, fondate sui valori di rispetto della persona e dei diritti fondamentali a questa legati, contribuendo così alla costruzione di un "mondo comune giustificabile"³⁸⁷.

Fintanto che tale riforma non interverrà v'è da sperare che se non le massime di Cassazione, almeno il comportamento effettivo dei giudici di merito, al di là delle motivazioni che essi ne danno, il sistema possa essere ricondotto a una logica unitaria proprio considerando che in realtà nella maggior parte dei casi concreti esse mettono su di un piatto della bilancia il costo sociale del licenziamento, sull'altro la perdita che l'azienda dovrebbe patire se il rapporto continuasse, e giustificano il licenziamento soltanto quando quest'ultima prevalga nettamente sul primo³⁸⁸.

³⁸⁶ Ichino, riferendosi ai valori e ai principi si domanda se davvero, la dignità del lavoratore è in gioco soltanto nel secondo caso e non nel primo? e qual è il limite della differenza di produttività oltre il quale la dignità non è più lesa e la sostituzione si giustifica?

³⁸⁷ A. PERULLI, in O. MAZZOTTA, *op. cit.*, Torino, 2008, 64.

³⁸⁸ P. ICHINO, *op. cit.*, 998.

§ b). - In conclusione: la prospettiva della riduzione del controllo giudiziale a mera tecnica «quantitativa» - monetaria

L'analisi sin qui condotta ha consentito di verificare la sussistenza di importanti sincretismi metodologici nell'attività di interpretazione giudiziale delle ragioni economiche di licenziamento. Fa notare Perulli³⁸⁹ come la magistratura non si limiti a una verifica della sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto secondo una lettura meccanicistica del testo di legge, come se il giudice fosse null'altro che la «*bouche de la loi*», bensì agisca sulla base di un approfondito vaglio degli standard socialtipici di comportamento imprenditoriale, in ragione della adeguatezza causale (la razionalità strumentale dell'atto), e dei valori dell'ordinamento (la razionalità assiologica dell'atto). Da questa valutazione qualitativa dello spazio normativo e delle sue componenti, il diritto del lavoro trae le conseguenze in ordine alla «sostenibilità sociale» dell'efficienza dell'impresa capitalistica e del suo comportamento sul mercato del lavoro.

Se, da un lato, il controllo giudiziale alla luce dei principi di razionalità e proporzionalità consente di penetrare la dimensione economico-organizzativa-produttiva degli attori, valutandone la coerenza rispetto a parametri assiologici plurali (espressi da standard, da criteri di «normalità» sociale, da diritti fondamentali), dall'altro, apre un problema di sicurezza giuridica nella misura in cui rinuncia alla tirannia dei valori economici e all'idea di pre-calcolabilità come unica forma di comprensione del mondo, che riduce l'uomo, in tutte le sue attività, ad animale condizionato da un comportamento prevedibile. Infatti, benché costruito attorno a standard di comportamento, il diritto del lavoro esprime la tensione verso schemi di razionalità assiologicamente

³⁸⁹ PERULLI A., *op.cit.*, 561 e ss..

orientata, irriducibile alle categorie del mercato o alle «grandezze» economiche e organizzative, introducendo variabili o «grandezze civiche» che spiazzano l'utilitarismo individualista e introducono l'incertezza valutativa.

Proprio per questo, il diritto del lavoro è oggetto, da qualche tempo, di una costante e sempre più tenace pressione, condotta dal pensiero neoliberista, verso forme di riduzione sistemica della sua complessità qualitativa, per approdare a una sorta di semplificazione normativa basata sulla riduzione del diritto a un sistema di prezzi.

Questo processo di cambiamento, che investe in particolare le modalità del controllo giudiziario e (soprattutto nel nostro ordinamento) la sfera dei rimedi al licenziamento illegittimo, non può essere descritto in termini riduttivi, come semplice risultante di una diversa visione tecnica del diritto e delle sue applicazioni metodologie, ma va svelato nei suoi aspetti più profondi e antropologicamente inquietanti³⁹⁰.

Le proposte di modifica della legislazione sui licenziamenti, volte a evitare il controllo giudiziario sui motivi del recesso e la sua sostituzione con un filtro puramente monetario, sono una buona esemplificazione di questo processo di riconduzione circolare agli imperativi del «funzionamento» del mercato. Il modello quantitativo segue la logica «chi inquina paga», e nelle visioni più illuminate e generose della quantificazione del diritto del lavoro (quelle che vanno sotto il nome di *flexicurity*) il costo delle esternalità negative prodotte dall'impresa dovrebbe finanziare il costo sociale del recesso, segnatamente mediante dispositivi di accompagnamento del lavoratore verso un nuovo impiego. L'effetto è quello di una sostanziale *deregulation*, funzionale alla potenza

³⁹⁰ Fa notare Perulli che la «quantificazione del diritto» del lavoro può essere pienamente compresa solo se collocata nell'ambito dell'emersione di un mercato totale, in cui l'economia, che in origine apparteneva all'ordinamento privato (*l'oikos nomos*), è diventata principio ordinatore della società civile.

dei mercati globali³⁹¹. Questo modello, che esprime la razionalità microeconomico-utilitaristica tipica dell' *homo oeconomicus*, generalizza la formalizzazione matematica dei rapporti umani misurabili in termini di flussi e di stock, ossia una scienza quantificata del comportamento umano modellato dalla forma monetaria dello scambio. Si tratta, naturalmente, di un modello globale. Come ha scritto un filosofo francese³⁹², questo paradigma conduce a rappresentare l'economia non più come infrastruttura, nella misura in cui non esiste più economia ma «ecotecnia», strutturazione del mondo come spazio reticolare dell'organizzazione capitalistica, mondialista e monopolista. La corrente di pensiero in esame semplicemente ignora le esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale in genere, e dal diritto del lavoro in particolare³⁹³. La quantificazione del diritto del lavoro depotenzia le aspirazioni ideali che stanno alla base dei diritti sociali e dissolve la tensione verso una giustificazione razionale-assiologica dei poteri economici. In altri termini, la riduzione del diritto a un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi), impedisce di concepire la legislazione del lavoro non come costo, bensì

³⁹¹ Nella stessa prospettiva riduzionistica si collocano i tentativi di depotenziare l'ambito della valutazione giudiziale in merito all'esercizio dei poteri datoriali, su cui si è focalizzata da qualche tempo l'attenzione del nostro legislatore (cfr. art. 30, comma 1, legge n. 183/2010).

³⁹² J.-L. NANCY, *Le Sens du monde*, Galilée, Paris, 1993, p. 127.

³⁹³ Rispettare una normativa maggiormente tutelante del lavoro giova all'economia ed al mercato. Il Prof. Perulli riportando studi dell'OIL su Cambogia e Bangladesh, paesi che hanno seguito due modelli di sviluppi antitetici, uno di rispetto degli standard normativi (Bangladesh) ed uno favorevole al minor costo iniziale ed al non rispetto di standard normativi (Cambogia) ha fatto notare come da tale sperimentazione sia stato riconosciuto che norme di lavoro non eque sono di ostacolo al commercio internazionale, mentre laddove queste sono state previste e rispettate, i costi sono compensati dai vantaggi creati (es. maggiore produttività). Si può quindi affermare che il rispetto dei diritti umani sono pre condizione per lo sviluppo economico. Del resto lo stesso art. 21 del Trattato U.E. afferma che l'Unione si basa sui principi che l'hanno fatta fondare, ovvero il principio di eguaglianza e di solidarietà (A. PERULLI, lezione di dottorato del 14 marzo 2011, *Diritto del lavoro e globalizzazione: profili introduttivi*, Cà Foscari, Venezia).

quale fonte di vantaggi che, benché non misurabili, sono comunque economicamente apprezzabili³⁹⁴.

A tale visione del diritto del lavoro contribuisce l'attuale periodo storico, in cui la politica segna il passo e registra un livello di credibilità mai così basso dal secondo dopo guerra a oggi. Ma come insegna Aristotele tutte le attività tendono verso un fine determinato, fini che hanno precise gerarchie. Si potrebbe quindi dire, nella fattispecie, che la tutela della dignità della persona, a cui il diritto del lavoro anela, non dovrebbe mai cedere alle istanze economiche del mero profitto. Ma portavoce di tali fini dovrebbe essere proprio la politica che versando nello stato di crisi che conosciamo, non può farsi carico di perseguire il supremo bene dei diritti dell'individuo, con l'aggravio che nel diritto del lavoro (e del licenziamento in particolare) è viva la problematica dell'incertezza del giudizio, soggetto come è per sua natura all'aleatorietà, finendo così col prevalere sulle istanze solidaristiche³⁹⁵.

Conclude quindi Perulli che il controllo giudiziario, alla luce di un'interpretazione non riduttiva dei parametri legali di legittimità del licenziamento economico, esprime un valore riconosciuto dal sistema giuridico che entra in conflitto con l'analisi economica del diritto (rectius, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro), senza per questo perdere il contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento. Proprio per questo, tuttavia, la prospettiva della riduzione del controllo a mera tecnica «quantitativa» (se non quella della sua sostituzione con meccanismo di filtraggio monetario) potrebbe alla fine risultare vittoriosa, con il suo portato di nichilismo giuridico e di riduzione della complessità assiologica su cui si è fondata l'utopia del diritto del lavoro³⁹⁶. E ciò nonostante – come ci rammenta Aristotele - la

³⁹⁴ PERULLI A., *op.cit.*, 561 e ss..

³⁹⁵ ARISTOTELE, *Ethique à nicomaque*, Paris, 1990, 34 e ss. (raccolta di appunti di Aristotele considerato il primo trattato sull'etica come argomento filosofico specifico).

³⁹⁶ PERULLI A., *op.cit.*, 561 e ss..

ricchezza (leggi: il profitto) non sia il bene a cui l'essere umano dovrebbe tendere, essendo esso solo un mezzo utile per raggiungere altri fini³⁹⁷.

Varrebbe quindi forse la pena soffermarsi a riflettere sull'arte del giudicare: ognuno giudica correttamente di ciò che conosce, da cui l'importanza che i giudici chiamati a giudicare siano adeguatamente formati. Per poter quindi ben giudicare è onere dei giudicanti (per quel che riguarda la materia dei licenziamenti) formarsi non solo alla cultura del diritto del lavoro e al più della sociologia, finendo così per avere una visione della realtà monocromatica e limitata, ma anche dell'economia aziendale, della gestione delle imprese e della contabilità e per tale via limitare l'alea del giudizio e sperare in tal modo di arginare l'attacco dei mercati globali al diritto del lavoro.

³⁹⁷ ARISTOTELE, *Ethique à nicomaque*, Paris, 1990, 34 e ss. (raccolta di appunti di Aristotele considerato il primo trattato sull'etica come argomento filosofico specifico).

PARTE II:
IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUI LICENZIAMENTI IN
FRANCIA

I territori osservati, Italia e Francia, inducono immediatamente ad una metafora "geografica". Chi osserva la catena delle Alpi da grande distanza, potrà riconoscere sullo sfondo del cielo le stesse cime sia viste dal versante francese che dal versante italiano, in modo simmetrico. Avvicinandosi alle montagne il panorama muta, i punti di riferimento si nascondono, i paesaggi assumono caratteristiche proprie. A questo punto un confronto generico dei due versanti diventa problematico e poco significativo, a meno di cedere la parola agli specialisti in grado di isolare specifici aspetti. Diventerà allora molto interessante osservare i dettagli e poter paragonare i due versanti attraverso l'occhio dell'entomologo, del botanico, dell'alpinista, dello studioso di architettura tradizionale.

IL LICENZIAMENTO NELLA UE

È doveroso anzitutto chiedersi se esiste un modello "europeo" di regolazione della materia del licenziamento, fondato su principi comuni, e quale ruolo giochino, eventualmente, nel definirlo le fonti dell'UE e sovranazionali.

L'UE ha il potere di dettare agli Stati membri regole comuni in materia di licenziamento individuale. Lo prevede l'art. 153.1.d) del TFUE³⁹⁸ che le attribuisce la competenza di adottare direttive di armonizzazione (ovvero di definire standard minimi comuni di tutela) anche in relazione alla *"protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro"*. L'esercizio di tale competenza è però condizionato dalla regola dell'unanimità, ragion per cui la norma è fino ad oggi rimasta lettera morta.

Pur in assenza di una direttiva sul licenziamento individuale, il diritto europeo incide comunque su alcuni profili delle discipline nazionali, grazie, in primo luogo, a disposizioni contenute in altre direttive.

Limiti sono posti alla possibilità di licenziare un lavoratore che rifiuta la trasformazione del rapporto da tempo pieno a *part-time* (o viceversa), anche se non è esclusa la possibilità di fondare il recesso su *"altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento"* (art. 5.2 direttiva 97/81). Analogamente, la direttiva 2001/23 (art. 4.1) esclude che il trasferimento dell'azienda o di parte di essa possa costituire valido motivo di licenziamento, sempre che non sussistano altre ragioni economiche, tecniche o organizzative. Un impatto significativo sulle normative nazionali ha poi il diritto antidiscriminatorio, fondato sugli artt. 18 e 19 del TFUE e sulle direttive in materia di discriminazioni di genere (2006/54) o di altre ragioni (2000/43 e 2000/78). Grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, più volte chiamata a valutare il rispetto di tali fonti da parte degli Stati membri, trattamenti differenziati tra lavoratori contenuti nelle discipline nazionali sui licenziamenti sono in via di superamento; in primo luogo quelli fondati sull'età, ancora diffusi negli ordinamenti nazionali. Il quadro si completa poi naturalmente con la direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi.

³⁹⁸ "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea".

La novità più rilevante sul piano delle fonti dell'UE è rappresentata però dall'art. 30³⁹⁹ della Carta dei diritti fondamentali⁴⁰⁰, resa fonte giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Da ciò consegue che il principio enunciato in tale norma per cui "*ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*" costituisce oggi parte integrante del diritto dell'UE.

L'art. 30 della Carta di Nizza rappresenta oggi un riferimento obbligato sia per il legislatore europeo, che per la Corte di giustizia, ma la sua rilevanza resta condizionata dall'ambito di applicazione del diritto dell'UE, dal momento *che "le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni, agli organi ed agli organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"* (art. 51, co. 1, Carta)⁴⁰¹. Ciò implica che il legislatore europeo deve tener conto di quanto afferma l'art. 30 ogni qualvolta interviene sulla materia e, analogamente, la Corte di Giustizia deve garantirne il rispetto nell'interpretare il diritto dell'UE e nel vigilare sulla sua corretta applicazione. Ma è la stessa Carta ad escludere che la norma abbia un effetto diretto negli ordinamenti nazionali, in assenza di una direttiva che ne traduca il contenuto in disposizioni giuridicamente vincolanti per gli Stati. Detto in altri termini, una Corte nazionale non può considerare un licenziamento illegittimo per il solo fatto di violare tale norma, né di per sé essa limita il potere

³⁹⁹ Articolo 30, <<TUTELA IN CASO DI LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO>>: «*Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*».

⁴⁰⁰ È stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea.

⁴⁰¹ Articolo 51, <<AMBITO DI APPLICAZIONE>>: «*1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze*».

degli Stati di regolare liberamente la materia, in ipotesi anche liberalizzando del tutto il licenziamento.

È vero però che i "paletti" posti dalle istituzioni dell'UE a difesa del riparto di competenze tra Unione e Stati membri si stanno rilevando meno solidi del previsto: la giurisprudenza interna di molti paesi (Portogallo, Spagna, Francia, Irlanda, Belgio) testimonia, infatti, un crescente utilizzo dell'art. 30 della Carta come strumento di interpretazione del diritto interno, al fine di rafforzare le tutele da questo previste o di colmarne le lacune. Anche in Italia non mancano sentenze che richiamano la Carta di Nizza per fondare decisioni favorevoli al lavoratore licenziato. È il caso della sentenza della Cassazione n. 21967/2010⁴⁰², nella quale l'art. 30 è richiamato per affermare che la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. non preclude al giudice la possibilità di valutare se nel caso concreto questa prevalga o meno sulla tutela del posto di lavoro: il che è da escludere ove il datore assuma un lavoratore somministrato per svolgere le mansioni proprie del lavoratore precedentemente licenziato (in violazione del c.d. obbligo di *repêchage*). In una precedente sentenza (la n. 15822/2002)⁴⁰³, la norma della Carta è stata usata dalla Cassazione per escludere l'applicazione della legge dello Stato di New York a un lavoratore italiano ivi impiegato, in ragione del fatto che questa, ammettendo il licenziamento libero (c.d. *employment at will*), si pone in contrasto con i principi di ordine pubblico nazionale ed europeo.

⁴⁰² Cass. civ., sez. lav., 27 ottobre 2010, n. 21967: «In tema di licenziamento, sebbene il giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive sia rimesso alla valutazione del datore di lavoro, come espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 cost., esso deve essere pur sempre temperato con il rispetto della dignità umana, trattandosi di diritto fondamentale della persona - richiamato dalla stessa norma costituzionale nonché dalla legislazione del lavoro anche in relazione al diritto alla conservazione del posto di lavoro - sul quale si fondano sia l'art. 18 st. lav. che l'art. 30 del trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore dall'1 gennaio 2009».

⁴⁰³ Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 2002 n. 15822. «In ipotesi di controversia relativa al licenziamento di lavoratore italiano svolgente attività di lavoro negli Stati Uniti d'America, va ritenuta inapplicabile la legge statunitense che non appresti tutela contro il licenziamento ingiustificato, in quanto disciplina manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano».

L'art. 30 sembra, dunque, destinato ad acquisire un rilievo giuridico significativo negli ordinamenti nazionali, al di là dei vincoli posti dalla stessa Carta. Anche per questo motivo è opportuno interrogarsi sul suo contenuto. La norma, infatti, appare generica nella sua formulazione, limitandosi a dettare il principio per cui ogni licenziamento va giustificato, senza fornire alcuna indicazione circa le ragioni legittimamente adducibili e (tanto meno) circa le sanzioni da applicare quando queste manchino.

Se ciò è vero, si deve comunque tener conto del fatto che la disposizione in questione dovrebbe essere interpretata alla luce delle altre fonti sovranazionali, cui la stessa Carta fa riferimento (art. 53). E principi in materia di licenziamento sono dettati in particolare dall'art. 24⁴⁰⁴ della Carta Sociale Europea (fonte del Consiglio d'Europa e non dell'UE) e dalla Convenzione OIL n. 158/1982.

L'art. 24 (introdotto nella Carta Sociale solo nel 1996 in occasione della sua revisione) è stato ratificato dalla metà degli Stati dell'AE⁴⁰⁵ (15 su 30), tra i quali l'Italia; la Convenzione, invece, soltanto da 9 (tra i quali non c'è l'Italia). La mancata ratifica da parte di uno Stato non impedisce, però, alla Corte di Giustizia (nel proprio ambito di competenza) di utilizzare tali fonti per dedurre principi rilevanti sul piano dell'ordinamento dell'UE. Anche per questo motivo esse meritano maggior attenzione rispetto a quella - pressoché nulla - che è stata loro riservata sino ad oggi.

L'art. 24 ribadisce il principio per cui qualsiasi licenziamento deve fondarsi su una valida ragione ("*valid reason*") legata o all'incapacità e al comportamento del lavoratore, o ad esigenze organizzative dell'azienda ("*operational requirements*"). Detta ragione deve essere specificata in una fonte vincolante per

⁴⁰⁴ Articolo 24, <<DIRITTO AD UNA TUTELA IN CASO DI LICENZIAMENTO>>: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere: a il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale».

⁴⁰⁵ Area Economica Europea.

l'ordinamento interno e deve essere sempre comunicata al lavoratore in modo che questi possa valutarne la fondatezza ed eventualmente contestarla davanti a un'autorità terza e imparziale.

L'assenza di una valida ragione deve dare al lavoratore il diritto a un adeguato compenso o ad una "tutela appropriata". Nell'appendice della Carta Sociale, ad ulteriore specificazione del significato della norma, vengono poi elencate una serie di ragioni che non possono mai giustificare un licenziamento: svolgimento di attività sindacale, congedi per motivi familiari, ragioni discriminatorie, malattia, rivendicazione di diritti nei confronti del datore, etc. Ulteriori e più precisi standard di tutela sono dettati dalla Convenzione OIL 158, specialmente in tema di onere della prova e di tutela adeguata per la disoccupazione conseguente al licenziamento (da assicurare indipendentemente dall'illegittimità di quest'ultimo).

Si tratta, come si vede, di principi di carattere generale, in buona parte presenti nelle legislazioni nazionali, ma non irrilevanti, specie considerando i processi di riforma che sembrano configurarsi in molti Stati europei⁴⁰⁶.

Per tutti gli Stati europei gli standard internazionali possono, dunque, assumere un rilievo tutt'altro che insignificante, sia per interpretare il diritto vigente che per indirizzare il legislatore in futuro. Sotto questo secondo profilo, basti pensare che le fonti internazionali impongono che sia sempre garantito al lavoratore il diritto di contestare davanti ad un'autorità terza le ragioni addotte a fondamento del licenziamento, anche quelle di carattere economico.

In questo quadro è presente in ciascun paese in modo peculiare l'uno dall'altro la disciplina sul licenziamento. Ognuno frutto della propria storia o meglio della

⁴⁰⁶ Il dialogo tra Corte di Giustizia ed organismi deputati a vigilare sul rispetto delle altre fonti internazionali (per la Carta Sociale, il Comitato europeo dei diritti sociali) può poi favorire la circolazione dei consolidati principi interpretativi utilizzati dalla prima nella sua giurisprudenza in materia di diritti e libertà fondamentali. In primo luogo il principio di proporzionalità, per il quale la limitazione di un diritto è giustificata solo se necessaria a tutelarne un altro di pari valore e solo se non esistono altre vie per perseguire tale finalità: un principio che, se applicato al licenziamento, implica un rigoroso bilanciamento tra esigenze della produzione e diritto al lavoro, fondato sul criterio dell'*extrema ratio* del recesso. In secondo luogo il principio di effettività (*effectiveness*), per il quale la sanzione per la violazione di un diritto deve esser effettiva ed efficace, ovvero tale da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro.

propria storia economica. Nella fattispecie in esame la Francia, come l'Italia, ha vissuto periodi storici che l'hanno portata a dotarsi negli anni '70 di una disciplina lavoristica protettrice dei lavoratori, partendo dall'assunto che il lavoratore è il contraente debole del contratto. Da tale principio lo sviluppo di una disciplina simile a quella italiana, con una prima essenziale distinzione di fondo tra licenziamenti per motivi inerenti alla persona del lavoratore e licenziamenti per motivi economici, ed il tentativo di quest'ultimo decennio di allentare le tutele a favore della flessibilità e della maggiore occupazione⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ La disciplina dei licenziamenti non può prescindere dalle convenzioni e accordi collettivi e, soprattutto, dall'elaborazione giurisprudenziale che ha notevolmente contribuito all'evoluzione per via interpretativa del diritto di licenziamento.

CAP. 1 - *LE LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL*

Rientrano in questa categoria tutti i licenziamenti posti in essere da datori di lavoro che risolvono il contratto di lavoro di un lavoratore - dopo il periodo di prova - per motivi personali⁴⁰⁸ fondati su una causa reale e su fatti oggettivi, verificabili, e quindi non su impressioni o giudizi soggettivi⁴⁰⁹.

§ a). - La riforma del licenziamento: la legge del 13 luglio 1973⁴¹⁰.

La normativa in vigore è stata introdotta con la legge del 13 luglio 1973. Sino ad allora la dottrina e le organizzazioni sindacali avevano denunciato l'assenza di garanzie a favore del lavoratore contro i licenziamenti discrezionali. Il primo merito della riforma è stato quello di consolidare in una nuova sezione (ex artt. 1122-4 e seguenti del Code du Travail) le norme sui licenziamenti che precedentemente erano sparse. In secondo luogo, e soprattutto, sono state portate delle restrizioni importanti al diritto di licenziamento.

La normativa del 1973 stabilisce quindi che il datore di lavoro, prima di prendere qualsiasi decisione, deve convocare, a mezzo lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, il lavoratore per un "colloquio preliminare di

⁴⁰⁸ Si possono licenziare solo lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato. I lavoratori con contratto a tempo determinato, infatti, possono essere licenziati per motivi personali soltanto in caso di forza maggiore, accordo tra datore di lavoro e lavoratore e colpa grave.

⁴⁰⁹ Per molti anni il diritto di recesso unilaterale era stato considerato come inerente alla indeterminatezza della durata del contratto. Questa filosofia liberale legata alla libertà di gestione, comportava che il motivo del licenziamento non doveva essere indicato dal datore di lavoro nella sua lettera di recesso e che in caso di contenzioso, la prova di un abuso del diritto incombeva sul dipendente richiedente.

⁴¹⁰ M. C. BONNETETE et G. LYON-CAEN, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973*, in *Dr. Soc.*, 1973, 493 et s.; J. PELISSIER, *La réforme du licenciement*, Sirey, 1974.

licenziamento” che deve quindi essere preceduto da un procedimento all’interno dell’impresa⁴¹¹. Tale convocazione deve indicare: l’oggetto del colloquio, la relativa data, luogo e ora, la possibilità per il lavoratore di farsi assistere durante il colloquio da una persona a sua scelta (rappresentante del personale o, qualora non esistesse, da un lavoratore dell’impresa o un “consigliere del lavoratore”).

È previsto il rispetto di un termine tra la lettera di presentazione e la data del colloquio, che - se non esiste un rappresentante del personale - è fissato in cinque giorni. Il colloquio deve consentire: al datore di lavoro di indicare i motivi del previsto licenziamento; al lavoratore, di esporre le proprie ragioni. Non trattandosi di una semplice formalità, il colloquio deve rappresentare l’occasione di chiarire i fatti e di trovare, se possibile, delle soluzioni alternative al licenziamento⁴¹².

⁴¹¹ L’obbligo di notificare il licenziamento mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno ha un campo di applicazione molto ampio, riferendosi a tutti i licenziamenti. Per evitare che i licenziamenti vengano comminati a causa di semplici malumori, la legge impone al datore di lavoro di attendere almeno due giorni lavorativi dalla data per la quale il lavoratore è stato convocato per l’incontro, prima di comminare il licenziamento. In generale, la legge non prevede un periodo massimo oltre il quale il datore di lavoro non può più comunicare un licenziamento, ma articolo L. 1332-2 del codice del lavoro prevede che una sanzione disciplinare non può essere corrisposta oltre a un mese dopo la data fissata per il colloquio. In tutti i casi, è la data di presentazione della lettera che definisce il punto di partenza della decorrenza dei termini (art. L. 1234-3) e che consente di determinare le conseguenze della rottura del rapporto di lavoro [Soc., 20 juin 1979, D., 1980, 91, obs. J. PÉLISSIER. Conformemente alla giurisprudenza anteriore, la notifica del licenziamento per lettera raccomandata con ricevuta di ritorno è solo un mezzo di prova di inizio della procedura: Soc., 3 mai 1979, in *Bull. civ.*, n. 273; Soc., 26 oct. 1979, in *Bull. civ.*, V, n. 592; Soc., 20 oct. 1983, in *Jur. soc.*, 1983, 256. Ma in assenza di una lettera di licenziamento sarà considerato come privo di *cause réelle et sérieuse* (Soc., 23 juin 1998, in *RJS*, 8-9/98, n. 971)]. I giudici hanno riconosciuto che la notifica può essere fatta anche da un ufficiale giudiziario (Soc., 8 nov. 1978, in *Bull. civ.*, V, n. 746) o con lettera consegnata a mano (Soc., 16 juin 2009, n. 08-40722, in *RJS*, 8-9/09, n. 702.).

⁴¹² Le leggi del 30 dicembre 1986 e del 2 agosto 1989 relative alle procedure di licenziamento, hanno apportato modifiche significative alla procedura di licenziamento per motivi personali. Ora, tutti i licenziamenti per motivi personali, indipendentemente dalla società, anzianità del dipendente, o carattere personale della causa di cessazione deve essere preceduta da una precisa procedura. La standardizzazione tuttavia non è totale. I licenziamenti disciplinari infatti sono soggetti a regole particolari.

Il diritto di licenziare è subordinato all'esistenza di una *cause réelle et sérieuse*. A tal proposito, il “*Code du Travail*” non fornisce una definizione di licenziamento per motivi personali ma stabilisce che ogni volta che si verifica un licenziamento, questo debba essere fondato su una causa reale, basata su fatti oggettivi, e sufficientemente gravi da rendere inevitabile il licenziamento stesso. Il datore di lavoro non può quindi risolvere il rapporto per qualsiasi motivo a sua discrezione e per qualsiasi motivo (pena commettere un abuso del diritto), di cui i giudici controlleranno la natura *réelle et sérieuse*⁴¹³.

La lettera di licenziamento deve quindi contenere i motivi precisi del licenziamento e la natura dei fatti addebitati, altrimenti il licenziamento può essere considerato come non comprovato da una causa *réelle et sérieuse*.

⁴¹³ L'enunciazione dei motivi del licenziamento devono essere riportati nella lettera di licenziamento stessa e non, come è stato a lungo ritenuto, in una lettera a parte, in risposta alla richiesta formulata dal dipendente. L'obbligo di indicare i motivi di licenziamento nella lettera di licenziamento riguarda tutti i licenziamenti che hanno una motivazione economica o personale, disciplinare o non disciplinare (art. L. 1232-6 C. trav.). Il datore di lavoro può invocare nella lettera di licenziamento diversi motivi di rottura inerenti alla persona del lavoratore, quando derivano da fatti diversi. Dopo aver respinto uno dei motivi indicati nella lettera, come ad esempio la cattiva condotta del dipendente, i giudici possono mantenere buono un altro motivo di giustificazione nel licenziamento e dichiarare la lettera giustificata (Soc., 23 sept. 2003, in *Dr. Soc.*, 2003, 1119 note A. CRISTAU; Soc., 7 mars 2006, in *Sem. soc. Lamy*, n. 1253, 15).

La motivazione gioca un ruolo molto importante in caso di contenzioso. Le informazioni inserite nella lettera di licenziamento, infatti, ne stabiliscono i limiti (Soc., 19 juin 1991, in *RJS*, 8-9/91, n. 959); i giudici non esaminano, nella loro ricerca dell'esistenza di una *cause réelle et sérieuse*, lagnanze che il datore di lavoro allega durante la procedura se questi non sono stati menzionati nella lettera di licenziamento [«*l'employeur ayant seulement invoqué un motif économique dans la lettre de licenciement, les juges du fond n'ont pas à examiner le motif disciplinaire invoqué ultérieurement par l'employeur. Si le juge doit s'en tenir au motif énoncé dans la lettre de licenciement, il n'est pas lié par la qualification donnée aux faits par l'employeur*» (Soc., 14 oct. 1993, in *RJS*, 11/93, n. 1084; nello stesso senso Soc., 16 juin 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 772; Soc., 30 juin 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 771; Soc., 22 mars 1995, in *RJS*, 5/95, n. 499)].

Quando la lettera di licenziamento non enuncia il motivo o ne menziona un motivo impreciso «*La Cour de cassation interprète strictement l'obligation d'énoncer les motifs du licenciement. Ainsi l'employeur qui licencie un salarié en absence prolongée doit-il invoquer expressément dans la lettre de licenciement non seulement la nécessité du remplacement du salarié absent mais aussi l'existence de perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise résultant de cette absence; à défaut, le licenciement sera déclaré sans cause réelle et sérieuse*» (Soc., 19 oct. 2005, in *Dr. Soc.* 2006, 109 obs. JEAN SAVATIER), il difetto di enunciazione di motivo o l'imprecisione dei motivi invocati equivale ad un'assenza di *cause réelle et sérieuse* di licenziamento [Soc., 29 nov. 1990, in *Bull. civ.*, V. n. 598; Soc., 20 janv. 1993, in *Bull. civ.*, V. n. 17; Soc., 12 janv. 1994, in *Bull. civ.*, V. n. 2].

La modifica delle norme sostanziali è stata accompagnata da un cambiamento delle regole sull'onere della prova. Mentre fino al 1973 un dipendente che voleva ottenere la condanna del datore di lavoro per licenziamento senza giustificato motivo doveva lui stesso allegare la prova dell'abuso, ora il lavoratore licenziato non deve più sopportare tale onere della prova. Sarà responsabilità del giudice valutare la regolarità del procedimento, nonché la natura e la gravità dei motivi adottati dal datore di lavoro e formare la sua convinzione alla luce degli elementi forniti dalle parti.

Le sanzioni previste in caso di procedura irregolare o di assenza di *cause réelle et sérieuse* si applicano, tuttavia, solamente se l'impresa ha almeno undici dipendenti⁴¹⁴.

Le irregolarità sono sanzionate dal datore di lavoro in modo diverso, in particolare i licenziamenti vietati sono di solito sanzionati con la nullità, mentre i licenziamenti senza *cause réelle et sérieuse* danno il diritto ad un risarcimento.

Con un'ordinanza del 24 giugno 2004 e un'altra datata 2 agosto 2005 il governo aveva rimosso le norme procedurali ed il requisito di una *cause réelle et sérieuse* per "nuovi assunti", tale forma di contratto è stata tuttavia abrogata con legge del 26 giugno 2008, art. 9⁴¹⁵ (ndr. per una trattativa più diffusa si veda il cap. 6 della presente sezione).

⁴¹⁴ La riforma del 13 luglio 1973 è stata completata da una serie di riforme successive ma solo su punti particolari riguardanti il licenziamento per motivi personali. La legge del 4 agosto 1982, ha completato le disposizioni disciplinari della legge del 13 luglio 1973 sul licenziamento per motivi personali. Allorquando la causa del licenziamento è una colpa del dipendente, questi licenziamenti sono oramai sempre soggetti ad una procedura preliminare, qualunque sia l'anzianità del dipendente e gli effettivi dell'impresa. Le leggi del 3 luglio 1986 e del 30 dicembre 1986, sebbene relative al licenziamento economico, hanno riorganizzato in parte le procedure di licenziamento (J.-E. RAY, *Le nouveau droit du licenciement*, in *Dr. Soc.*, 1987, 664 et s.). Una nuova revisione in materia di licenziamento, è poi stata fatta della legge del 2 agosto 1989, anche se riguarda principalmente il licenziamento per motivi economici, nonché dalla legge del 18 gennaio 1991, del 31 dicembre 1992, del 17 gennaio 2002, del 26 giugno 2008.

⁴¹⁵ A seguito delle varie riforme intervenute in materia, la legge sul licenziamento è divenuta complessa. Ci sono infatti diverse tipologie di licenziamento: licenziamento per motivi personali, il licenziamento per motivi economici, licenziamenti individuali, licenziamento collettivo.

§ b). - *Sanzioni per irregolarità procedurali: ai sensi dell'articolo*

L. 1235-2

Allorquando il datore di lavoro non si attiene alla norme sulla procedura l'articolo L. 1235-2 del codice del lavoro prevede due tipi di sanzioni: 1) il giudice impone al datore di lavoro di eseguire la procedura; 2) dispone che sia corrisposta al dipendente, a spese del datore di lavoro, un'indennità (non superiore a un mese di stipendio).

I tribunali non sono tenuti a condannare il datore di lavoro ad eseguire la procedura di licenziamento, che non è stata applicata correttamente⁴¹⁶. Di fatto tuttavia la Corte di cassazione ha statuito che il giudice può considerare non più necessario il completamento della procedura e respingere la domanda del dipendente che chiede l'esecuzione delle formalità imposte dal legislatore, sebbene la legge preveda che il giudice debba «*richiedere al datore di lavoro di effettuare la procedura*»⁴¹⁷. La sanzione dell'irregolarità formale è limitata in

⁴¹⁶ Le sanzioni previste dall'articolo L. 1235-2 non possono essere pronunciate che in presenza di più condizioni. Occorre innanzitutto che il lavoratore licenziato abbia almeno due anni di anzianità nell'impresa. E necessario che il lavoratore licenziato lavori in una società che di solito abbia almeno undici dipendenti ed infine, è necessario che il licenziamento sia stato comminato per una *cause réelle et sérieuse*. Se, tuttavia, il licenziamento non ha una *cause réelle et sérieuse*, il giudice ne sancirà l'irregolarità sostanziale [Soc., 25 mai 1976, in *Bull. civ.*, V, 312; Soc., 7 déc. 1978, in *Gaz. Pal.*, 1979, n. 110-111: il dipendente chiede il risarcimento in caso di licenziamento senza giusta causa sulla base dell'ex articolo L. 122-14-4 ed «*invoque le maximum de droits auxquels il peut prétendre en application de cet article*»; pertanto, può ottenere il risarcimento per irregolarità procedurale anche se non espressamente richiesto (Soc., 14 déc. 1983, in *Bull. civ.*, V, n. 618]; si può dire che l'irregolarità sostanziale assorbe l'irregolarità formale. In via eccezionale, le sanzioni specifiche di cui all'articolo L. 1235-2 possono essere comminate anche se il lavoratore non ha due anni di anzianità in azienda o non lavora in una ditta che usualmente occupa almeno undici dipendenti. Laddove il datore di lavoro abbia omesso di informare il lavoratore che poteva essere assistito da un consulente esterno alla società, in assenza di rappresentanti della società [Art. L. 1235-5. Avant la nouvelle codification, Soc., 19 juill. 1995, in *RJS*, 10/95, n. 1015; Soc., 26 juin 2001, in *RJS*, 10/01, n. 1130].

⁴¹⁷ Soc., 16 mars 1978, in *Bull. civ.* V, n. 199.

molte controversie al pagamento di un'indennità non superiore ad un mese di stipendio⁴¹⁸.

§ c). - Sanzione per mancata enunciazione dei motivi di
licenziamento

Le leggi del 30 dicembre 1986 e del 2 agosto 1989 prevedono che nella lettera di licenziamento debbano essere indicati i motivi della risoluzione. Il codice del lavoro non fornisce tuttavia alcuna indicazione circa le conseguenze della mancata motivazione. Due sono le soluzioni che potrebbero essere considerate: o i giudici considerano che la mancata motivazione nella lettera di licenziamento è solo un'irregolarità procedurale e deve quindi essere sancita come tale; oppure decidono che questa mancanza equivale ad un'assenza di *cause réelle et sérieuse* ed il datore di lavoro è esposto ad una condanna per licenziamento, appunto, senza *cause réelle et sérieuse*.

La Camera sociale della Corte di Cassazione ha chiaramente optato per la seconda interpretazione. In mancanza di enunciazione dei motivi di licenziamento, «*le licenciement est sans cause réelle et sérieuse*»⁴¹⁹. Quali siano i dati della fattispecie, il datore di lavoro che abbia ommesso di notificare una lettera di licenziamento o di menzionare in questa il motivo del licenziamento, non può più argomentare davanti al giudice che sussiste una *cause réelle et sérieuse*⁴²⁰. In particolare, è irrilevante che il lavoratore sia sottoposto ad un procedimento penale; il giudice del lavoro adito di una domanda di risarcimento

⁴¹⁸ «*Les juges du fond n'ont pas à motiver leur appréciation de fait*» (Soc., 18 mai 1978, in *Bull. civ.*, V, n. 372); «*ils peuvent limiter le montant de cette indemnité à un franc*» (Soc., 24 oct. 1979, in *Bull. civ.*, V, n. 779).

⁴¹⁹ «*il licenziamento è senza cause réelle et sérieuse*».

⁴²⁰ Soc., 29 nov. 1990, in *RJS*, 1/91, n. 19; Soc., 30 juin 1993, in *Bull. civ.*, V, n. 186; Soc., 12 janv. 1994, in *Dr. Soc.*, 1994, 271; Soc., 30 nov. 1994, in *RJS*, 1/95, n. 11; Ass. plén., 27 nov. 1998, trois arrêts, in *Dr. Soc.*, 1999, 19, concl. L. JOINET; JEAN SAVATIER, *L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction*, in *Dr. Soc.*, 1991, 99; J. BERAUDO, *L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs du licenciement*, in *RJS*, 4/92, 231 et s..

per licenziamento senza *cause réelle et sérieuse* non può sospendere il procedimento in attesa della decisione del giudice. L'autorità di cosa giudicata in materia penale infatti non ha alcun ruolo in tali fattispecie⁴²¹. Infatti il licenziamento del dipendente che non è «... *fait l'objet d'une lettre de licenciement précisant les motifs de celui-ci, était dès lors privé de cause réelle et sérieuse*» (Il licenziamento del dipendente che «*non è stato oggetto di una lettera di licenziamento motivata, è quindi privo della cause réelle et sérieuse*») ⁴²².

In più occasioni, la Corte Suprema ha stabilito che l'indicazione dei motivi di licenziamento nella lettera di invito al colloquio, non sostituisce quelli da indicare nella lettera di licenziamento⁴²³. Allo stesso modo, il riferimento nella lettera di licenziamento a precedente corrispondenza non vale come motivazione ⁴²⁴.

La dichiarazione di «*motivi imprecisi*»⁴²⁵ o «*non materialmente verificabili*»⁴²⁶ è assimilata all'assenza di enunciazione dei motivi ed il licenziamento sarà giudicato senza *cause réelle et sérieuse*. Le «difficoltà di relazione»⁴²⁷; «*la faute*

⁴²¹ La Corte di cassazione ritorna alla soluzione che aveva adottato poco dopo l'approvazione della legge del 13 luglio 1973 per sancire la mancata risposta del datore di lavoro alla domanda di enunciazione dei motivi, formulata dal dipendente nelle forme e nei termini di legge; il difetto di risposta faceva presumere in modo irrevocabile che il licenziamento non aveva una *causa reale e seria*. Dopo avere attenuato considerevolmente la portata della regola che aveva lei stessa posto, la Corte di cassazione adotta di nuovo, in occasione di una modifica del testo legislativo, una soluzione di natura tale da assicurare l'effettività dell'obbligo di motivare il licenziamento (E. WAGNER, *Tours et contours de la Chambre sociale autour de l'arrêt Janousek*, D., 1983, Chron. 253).

⁴²² Soc., 7 nov. 1991, in *RJS*, 12/91, 1307.

⁴²³ Soc., 30 nov. 1994, in *Dr. Soc.*, 1995, 61; Soc., 18 mai 1995, in *RJS*, 8-9/95, n. 874; Soc., 2 déc. 1998, in *RJS*, 1/99, n. 23.

⁴²⁴ Soc., 31 mai 1995, in *Dr. Soc.*, 1995, 677, obs. H. BLAISE; Soc., 7 oct. 1997, in *RJS*, 11/97, n. 1223. Soc., 10 oct. 2000, in *RJS*, 12/00, n. 1241. .

⁴²⁵ «*ragioni non chiare*».

⁴²⁶ «*non materialmente verificabili*».

⁴²⁷ Soc., 25 juin 1997, in *Bull. civ.*, V, 236; in *RJS*, 10/97, n. 1077.

lourde» («colpa grave»)⁴²⁸, «*l'incompatibilité d'humeur*» («l'incompatibilità caratteriale»)⁴²⁹, «negligenza grave»⁴³⁰, «*un comportement déloyal*» («comportamento sleale»)⁴³¹, il «mancato rispetto della gerarchia», la «prolungata assenza che compromette il buon funzionamento del servizio»⁴³², la «disarmonia»⁴³³, «l'inattitudine al posto occupato» non sono, per i giudici, dei motivi sufficientemente precisi o concretamente verificabili.

Talvolta la contrattazione collettiva o il regolamento aziendale prevedono la consultazione di un organismo incaricato che dia un parere sulla misura disciplinare che il datore di lavoro deve prendere, il che costituisce una garanzia per il dipendente. Il licenziamento pronunciato senza che il consiglio disciplinare sia stato consultato, quindi in contrasto con la *procédure conventionnelle* o il regolamento, non può essere qualificato come *réelle et sérieuse*⁴³⁴.

Infine negli anni che hanno seguito la riforma del 13 luglio 1973, parecchi giudici hanno stabilito che quando un datore di lavoro non osserva correttamente la procedura di licenziamento, v'è la necessità di far cessare l'irregolarità manifestamente illecita. La Corte Suprema ha tuttavia deciso in

⁴²⁸ Soc., 16 mars 1999, in *RJS*, 5/99, n. 649.

⁴²⁹ Soc., 17 janv. 2001, in *RJS*, 3/01, n. 296.

⁴³⁰ Soc., 5 juill. 2000, in *RJS*, 9-10/00, n. 929.

⁴³¹ Soc., 10 mai 2001, in *Bull. civ.*, V, n. 161, in *RJS*, 7/01, n. 850.

⁴³² Soc., 5 juin 2001, in *RJS*, 8-9/01, n. 1010 («*il faut préciser dans la lettre de licenciement que cette absence rend nécessaire le remplacement définitif du salarié*»).

⁴³³ Soc., 5 févr. 2002, in *RJS*, 4/02, n. 409 («*la mésestente ne constitue une cause de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables aux salariés; la lettre de licenciement ne doit pas se borner à viser une mésestente sans autre précision*»).

⁴³⁴ Soc., 28 mars 2000, in *Bull. civ.*, V, n. 136; Soc., 16 janv. 2001, in *RJS*, 4/01, n. 431 («*en l'espèce, le conseil de discipline avait été consulté, mais il avait statué à la majorité simple alors que, selon la convention collective applicable, il devait statuer à la majorité absolue des membres présents; le licenciement est injustifié*»).

modo netto⁴³⁵, ma discutibile⁴³⁶, che il giudice non possa ordinare la reintegrazione, anche se provvisoria, dei dipendenti il cui licenziamento è stato pronunciato senza l'osservanza della regolare procedura. Tale presa di posizione è tuttavia criticabile essendo in gioco il rispetto di una libertà importante del dipendente e cioè quella di discutere le lagnanze dirette contro di lui, in base all'articolo L. 1235-2 (vecchio articolo L. 122-14 -4).

SEZ. 1 - ESIGENZA DI UNA *CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE*

La legge del 13 luglio 1973 ha portato un cambiamento significativo dello stato dell'arte in materia⁴³⁷. Il diritto di risolvere il contratto di lavoro a tempo indeterminato, che era un diritto "non causale", diventa - quando si avvale del diritto di licenziare - un diritto "causale". Il datore di lavoro quindi non può più risolvere il contratto di lavoro per qualsiasi motivo, ma solo se vi è una *cause réelle et sérieuse*, in assenza della quale non v'è più, a rigor di termini, l'abuso del

⁴³⁵ Soc., 9 févr. 1977, in *Bull. civ.*, V, n. 95, 75; Soc., 29 juin 1978, in *JCP*, 1979, II, 19135, note B. TEYSSIE; Soc., 4 juin 1987, in *Jurisp. UIMM*, 87/494, D., 1988, 193, note A. MAZEAUD («*même s'il s'agit de la violation d'une procédure conventionnelle*»).

⁴³⁶ J. PELISSIER, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 2e éd., 1980, 292 et s..

⁴³⁷ Nato in giurisprudenza nel XIX secolo, come reazione contro l'individualismo liberale e la concezione assolutista dei diritti, la teoria civile dell'abuso del diritto trova un campo di applicazione ed una singolare peculiarità in materia di cessazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato, a causa della disparità del potere contrattuale delle parti coinvolte e della necessità di preservare la stabilità del rapporto di lavoro. Tale giurisprudenza ha trovato consacrazione nella legge del 19 luglio 1928. Ai sensi dell'ex articolo 23, paragrafo 5, il recesso abusivo di una delle parti - in particolare del datore di lavoro - dava luogo ad un risarcimento danni. Una disposizione al capoverso 6 specificava che: «*Le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture*» («La sentenza deve, in ogni caso, indicare espressamente il motivo del recesso»). La dottrina ne concludeva la necessità per il datore di lavoro di stabilire l'esistenza di un motivo di natura tale da giustificare il licenziamento. In effetti, l'interpretazione contraria della Corte Suprema ha ritardato la riforma di mezzo secolo, lasciando al datore di lavoro l'apprezzamento discrezionale del motivo (semplicemente quello da lui "allegato"), dispensandolo dalla prova e lasciando la materia senza nessun controllo da parte del giudice. Il capo dell'impresa è responsabile della buona riuscita dell'impresa stessa e per questo è giudice della sua azienda e quindi libero di decidere se un collaboratore non adempie correttamente le mansioni a lui affidate. Il licenziamento è in principio lecito ma il lavoratore licenziato può ottenere una condanna del datore di lavoro se prova l'abuso commesso da parte del datore di lavoro nell'esercizio del suo diritto di recesso.

diritto di licenziare, essendoci piuttosto l'assenza di diritto. Il licenziamento non è quindi più abusivo, ma irregolare⁴³⁸.

Il requisito di una *cause réelle et sérieuse* condiziona il diritto di licenziare (L. 1232-1 e L. 1233-2); si applica a tutti i licenziamenti, indipendentemente dall'anzianità del dipendente⁴³⁹, ed indipendentemente dalla dimensione della azienda⁴⁴⁰. Le sanzioni per l'assenza di una *cause réelle et sérieuse*, tuttavia, variano a seconda del licenziamento⁴⁴¹.

SEZ. 2). - NOZIONE DI CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE (ASSENZA DI DEFINIZIONE LEGALE E GIURISPRUDENZIALE)

Pur attribuendo alla *cause réelle et sérieuse* del licenziamento un ruolo di primo piano, la legge del 13 luglio 1973 non prevede tuttavia alcuna definizione della nozione di «*cause réelle*» e di «*cause sérieuse*». La Corte di cassazione non ha cercato di colmare tale lacuna legislativa, si cercherebbe infatti invano una definizione di *cause réelle et sérieuse* di licenziamento nelle molte sentenze rese in materia. Tale mancanza di definizione legale e giurisprudenziale non è tuttavia incompatibile con un controllo della Corte di cassazione sulle qualifiche date dai giudici di merito. Come dimostra la giurisprudenza degli anni 1973-1985, la combinazione di un'assenza di definizione, da un lato, e l'esercizio di un controllo delle qualifiche, dall'altro, lascia un'ampia libertà alla Corte di cassazione sull'esercizio del controllo delle decisioni del giudice di merito. Il giudice di cassazione deciderà quindi che la causa allegata dal datore di lavoro è, o non è, una *cause réelle et sérieuse*, secondo i dati della fattispecie e l'intima convinzione. La giurisprudenza della Corte di cassazione diventava così una

⁴³⁸ Soc., 22 juill. 1981, in *Dr. ouvrier*, 1982, 188; Soc., 14 janv. 1981, in *Jurisp. UIMM*, 1981, 188; Soc., 13 mai 1980, in *Bull. civ.*, V, 320.

⁴³⁹ Soc., 15 nov. 1978, in *Bull. civ.*, V, n. 769.

⁴⁴⁰ Soc., 20 oct. 1976, in *Bull. civ.*, V, n. 500.

⁴⁴¹ PELLISSIER, AUZERO, DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 26 ed., 2012, 468 e s.; P. LOKIEC, *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis, 2011, 237 e s..

giurisprudenza del caso di specie, comportandosi di fatto come un terzo grado di giurisdizione⁴⁴².

Dal dicembre 1985 la Corte di cassazione si è tuttavia liberata di questo ruolo, senza per questo decidersi di dare un contenuto preciso alla nozione di *cause réelle et sérieuse*⁴⁴³. Al controllo di qualifica della *cause réelle et sérieuse* si sostituisce un semplice controllo di motivazione: saranno censurati solo quei giudici che non avranno fornito alcuna spiegazione della loro decisione o che si saranno contraddetti.

Ciò detto tuttavia la Corte Suprema non applica sempre tale rigida regola da lei stessa stabilita. La Corte, infatti, non ha esitato di controllare la qualificazione di «*cause réelle et sérieuse*» del licenziamento allorché i giudici di merito hanno ritenuto come causa di licenziamento la perdita di fiducia, statuendo in effetti che la perdita di fiducia non è di per sé motivo di licenziamento. Allo stesso modo, ha avuto modo di decidere che una fattispecie della vita personale del dipendente può essere una *cause réelle et sérieuse* se il comportamento del dipendente, date le sue funzioni e lo scopo dell'impresa, ha creato un pregiudizio all'impresa stessa.

Definizioni contrattuali o convenzionali

Nessuna clausola del contratto di lavoro può validamente decidere che una determinata circostanza costituisce una *cause réelle et sérieuse* del licenziamento. Solo il giudice può valutare in forza dei poteri conferitegli

⁴⁴² J. PELISSIER, *Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation*, in *Dr. Soc.*, 1986, 180.

⁴⁴³ J. SAVATIER, *L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation?*, in *Dr. Soc.*, 1987, 357. La Corte Suprema ha respinto l'appello sostenendo che le decisioni impugnate non sono "viziate da un manifesto errore di qualificazione (Soc., 10 déc. 1985, *Blaze*, in *Dr. Soc.* 1986, 210), e rilevando che il giudice di merito aveva usato «*de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments qui lui étaient soumis*» (Soc., 9 oct. 1986, D., 1987, 3, note critique G. LYON-CAEN) ed infine, riprendendo l'ultima formula sviluppata, che il giudice di merito «*par mie décision motivée, n'a fait qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 122-14-3 du Code de travail en décidant que le licenciement procédait (ou ne procédait pas) d'une cause répondant aux exigences de ce texte*» (Soc., 16 déc. 1986, in *Dr. Soc.*, 1987, 91; Soc., 21 janv. 1987, in *Dr. Soc.*, 1987, 361; Soc., 25 juin 1987, in *Bull. civ.*, V, n. 424; Soc., 16 juill. 1987, in *Bull. civ.*, V, n. 489).

dall'articolo L. 1235-1 del codice del lavoro, se i fatti addotti dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento caratterizzano o meno la *cause réelle et sérieuse* di licenziamento. Allo stesso modo, una clausola di un contratto collettivo non può imporre al giudice una definizione di *cause réelle et sérieuse*. Al contrario invece, non è vietato ai contraenti o alle parti sociali stipulare un contratto o un accordo collettivo che preveda che determinate situazioni non costituiscono una *cause réelle et sérieuse* di licenziamento⁴⁴⁴; il licenziamento pronunciato per motivi diversi da quelli convenzionalmente o contrattualmente previsti è senza *cause réelle et sérieuse*⁴⁴⁵.

§ a). - CAUSE RÉELLE: le tre caratteristiche

Una definizione della *cause réelle et sérieuse* del licenziamento è tuttavia indispensabile⁴⁴⁶. Basta fare riferimento ai lavori parlamentari, per trovare informazioni utili sia sulla "*cause réelle*" e sia sulla "*cause sérieuse*". Durante i lavori parlamentari, il ministro del Lavoro ha precisato che cosa si intendesse per *cause réelle* e cioè «*la cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. La cause réelle peut-être, une faute, une inaptitude professionnelle ou une réorganisation*

⁴⁴⁴ Soc., 29 sept. 2009 n. 07-43441, in *RJS*, 2009, 907; Soc., 25 oct. 2005, n. 02-45158, in *Dr. Soc.*, 2006, 110, obs. J. SAVATIER.

⁴⁴⁵ Soc., 25 mars 2009, 07-44748, in *RJS*, 6/09 n. 507 («*La nullité du licenciement ne sera prononcée que si la disposition conventionnelle la prévoit elle-même expressément*»).

⁴⁴⁶ La dottrina non è soddisfatta di constatare una carenza in merito alla definizione di *cause réelle et sérieuse* che è necessaria e possibile. Necessaria perché i soggetti giuridici devono poter conoscere il contenuto delle norme da rispettare e di cui possono eventualmente beneficiare. La mancanza di definizione dei concetti chiave che influenzano l'esistenza di diritti è una negazione del diritto. È anomalo che i datori di lavoro ignorino, qualunque siano i loro sforzi di informarsi, ciò che hanno il diritto di fare e ciò che non devono fare. È altresì strano che i dipendenti non possano prevedere l'esito del processo che intendono instaurare a seguito del loro licenziamento.

de l'entreprise»⁴⁴⁷. La *cause réelle* è quindi una causa «oggettiva», «*indépendante de la bonne ou de la mauvaise humeur de l'employeur*»⁴⁴⁸.

Se il carattere di oggettività è essenziale, il concetto di realtà implica anche, come ha sottolineato il relatore della commissione per gli affari culturali, familiari e sociali in seno all'Assemblea Nazionale, che la causa è «*à la fois une cause existante et une cause exacte*»⁴⁴⁹. Il motivo sostenuto dal datore di lavoro non è chiaramente “vero” se i fatti contestati non esistono; allo stesso modo, la causa presunta non è “reale”, se i fatti contestati pur essendo sono tali, non sono la vera causa di licenziamento.

Il carattere oggettivo della causa

Perché sia obiettiva, la causa di licenziamento deve essere tradotta da eventi esterni suscettibili di verifica (controllabili). La causa -al contrario- è personale, quando non fa riferimento ad alcun fatto concreto. Così, il disaccordo di un dipendente con altri membri del personale è una causa obiettiva quando il datore di lavoro prova stati di fatto da cui subisce un mal funzionamento dell'impresa. Al contrario, la causa di licenziamento non è più oggettiva quando il datore di lavoro richiama il cattivo carattere di un dipendente senza fornire dettagli sulle sue manifestazioni.

Curiosamente, la Corte di cassazione non ha sempre richiesto che la causa del licenziamento sia obiettiva. Ha ammesso, in particolare, che la perdita di fiducia non si debba necessariamente basare su un fatto specifico o una *cause réelle et sérieuse*. Si è così ritenuto che un dipendente potrebbe essere regolarmente licenziato a causa «*d'une absence de confiance réciproque mettant obstacle en*

⁴⁴⁷ «*la cause réelle è tale se presenta un carattere di oggettività, che esclude i pregiudizi e la convenienza personale. La cause réelle può essere, un errore, una inidoneità professionale o la riorganizzazione della società*».

⁴⁴⁸ La causa réelle è una causa “oggettiva” «*indépendamment du bon ou du mauvais caractère du salarié*».

⁴⁴⁹ Il concetto di realtà implica «*au même temps une cause existante et une cause précise*».

*l'espèce au maintien des relations de travail*⁴⁵⁰ seppur in assenza di negligenza e senza che abbia manifestato un atto di mala fede. In un caso concreto la perdita di fiducia era stata invocata quando il marito di una dipendente era stato licenziato dal datore di lavoro⁴⁵¹ e, conseguentemente a ciò, il datore di lavoro aveva licenziato anche la moglie, anche lei dipendente, temendo che potesse sposare la 'causa' del marito. Il sentimento provato dal datore di lavoro, causa tipicamente soggettiva, è stata ritenuta come *cause réelle et sérieuse*. Nonostante le critiche rivolte a questo caso di perdita di fiducia⁴⁵², i giudici hanno deciso per diversi anni che le 'sensazioni' del datore di lavoro potevano essere una *cause réelle et sérieuse* di licenziamento⁴⁵³. Nel 1990, nella decisione sul caso Fertray, la Corte di cassazione ha tuttavia operato un cambiamento di giurisprudenza affermando una nuova linea di principio, ovvero «*qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement*»⁴⁵⁴. Le implicazioni di questo caso sono due: in primo luogo, il datore di lavoro non può licenziare un dipendente a causa del comportamento dei suoi parenti⁴⁵⁵; in secondo luogo, un licenziamento non può essere

⁴⁵⁰ A causa «*di una mancanza di fiducia reciproca che ostacola il normale svolgimento del rapporto di lavoro*».

⁴⁵¹ Soc., 26 juin 1980, *Voisin*, in *Bull. civ.*, V, 431, n. 573.

⁴⁵² A. CHIREZ, *La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement?*, D., 1981, Chron. 193.

⁴⁵³ Soc., 6 juill. 1983, in *Bull. civ.*, V, 281, Soc., 22 oct. 1981, in *Bull. civ.*, V, 607, n. 817; Soc., 29 févr. 1984, in *Bull. civ.*, V, 58, n. 76; Soc., 17 déc. 1987, in *Jurisp. UIMM*, 1988, 49.

⁴⁵⁴ Soc., 29 nov. 1990, in *Dr. Soc.*, 1992, 38, étude F. GAUDU, 32 («*un licenziamento per motivi inerenti alla persona deve basarsi su elementi oggettivi, e che l'asserita perdita di fiducia da parte del datore di lavoro non costituisce di per sé motivo di licenziamento*»); Nello stesso senso, Soc., 9 janv. 1991, in *Dr. Soc.*, 1992, 38; Soc., 25 juin 1991, in *RJS*, 1991, n. 1081; Soc., 14 janv. 1998, in *RJS*, 3/98, n. 292; Soc., 6 oct. 1999, in *RJS*, 11/99, n. 1355; Soc., 29 mai 2001, in *Bull. civ.*, V n. 183; Soc., 30 mars 2005, in *RJS*, 6/05, n. 610.

⁴⁵⁵ Arrêt M^{me} FERTRAY: nello stesso senso, Soc., 12 janv. 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 187 («*le comportement du fils ne peut justifier le licenciement du père*»); Soc., 27 mai 1998, in *RJS* 10/98, n. 1185; Soc., 21 mars 2000, *RJS* 5/2000, n. 509.

regolarmente pronunciato a causa di meri «sospetti» che il datore di lavoro può avere in merito alla cattiva condotta del dipendente⁴⁵⁶.

Il requisito degli «elementi oggettivi» non è tuttavia di ostacolo, nel diritto positivo, al riconoscimento della *cause réelle et sérieuse* per “incompatibilità di carattere” quando questa dimostra fatti imputabili al dipendente⁴⁵⁷.

La causa esistente

La causa allegata dal datore di lavoro non è «reale» se i fatti presentati come motivo di rottura non esistono realmente. Il datore di lavoro non può più - come faceva prima del 1973 - sostenere che il lavoratore è licenziato per incompetenza professionale, senza precisare cosa intendesse in tal senso⁴⁵⁸. A seguito della riforma infatti il licenziamento è considerato irregolare se il datore di lavoro non specifica con precisione cosa intende per incompetenza professionale⁴⁵⁹. Lo sarà anche se le mancanze contestate al dipendente non appariranno accettabili ai giudici⁴⁶⁰. Se un venditore è licenziato perché ottiene risultati negativi o se un aiuto-curante è licenziato perché svolge male la sua

⁴⁵⁶ Soc., 25 juin 1991, in *RJS*, 10/91, n. 1081; Soc., 16 mai 1991, in *RJS*, 1991, n. 825. Ma è stato statuito che il licenziamento di un dipendente, che era stato rilasciato a seguito di un reato penale per violazione delle norme in materia di diritto societario, ha una reale e grave importanza nella misura in cui la stampa ha dato largo eco alla notizia di condanna in primo grado, laddove il dipendente aveva importanti funzioni di rappresentanza nei confronti del governo e dell'autorità pubblica, ovvero tali da ostacolare il funzionamento del business aziendale (Soc., 12 mars 1991, in *Dr. Soc.* 1991, 626, con l'articolo di J. SAVATIER, *Le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination pénale*).

⁴⁵⁷ Soc., 9 oct. 1991, in *Jurisp. UIMM*, 1992, 12 (disaccordo tra due direttori); Soc., 28 nov. 1992, *ibid.* (incompatibilità di carattere tra un direttore ed un dipendente); Soc., 27 nov. 2001, in *RJS* 2/02, n. 153; Soc., 23 févr. 2005, in *RJS* 5/05 n. 491.

⁴⁵⁸ Soc., 22 avr. 1964, in *JCP*, 1964, II, 13732; Soc., 13 mars 1963, in *Bull. civ.*, IV, 198; Soc., 5 nov. 1970, in *Bull. civ.*, V, n. 592; nella sentenza: Soc., 7 janv. 1976, D., 1976, IR. 41, «*il est encore affirmé que l'employeur est seul juge des responsabilités que le salarié peut assumer*»; Soc., 31 mars 1977, in *Jurisp. UIMM*, 77/378, 348: «*l'employeur est juge des qualifications et aptitudes*».

⁴⁵⁹ Lyon, 5 juin 1979, in *Dr. ouvrier* 1979, 422; Paris, 27 mars 1979, *Gaz. Pal.*, 1979; Nancy, 9 mai 1974, in *Dr. ouvrier*, 1976, 52; Soc., 10 nov. 1981, in *Dr. ouvrier*, 1982, 198; Soc., 8 juill. 1981, in *Dr. ouvrier*, 1982, 183; Soc., 1^{er} juill. 1981, in *Dr. ouvrier* 1982, 180.

⁴⁶⁰ Soc., 5 nov. 1981, in *Dr. ouvrier*, 1982, 197.

funzione, i giudici cercheranno di verificare i risultati del venditore per capire se sono realmente negativi. Quando l'analisi dei fatti non fa emergere dei cattivi risultati o il cattivo esercizio delle funzioni del lavoratore, il giudice decide che il licenziamento è irregolare per difetto di *cause réelle*⁴⁶¹.

La causa esatta

L'esattezza della causa è spesso confusa con l'esistenza della causa stessa. Si può quindi dire che la causa allegata dal datore di lavoro (ad esempio, l'inattitudine del lavoratore) è imprecisa quando l'esistenza di tale causa non può essere stabilita giudizialmente. La nozione di inesattezza tuttavia non aggiunge nulla alla inesistenza e non ha alcuna rilevanza per comprendere meglio il concetto di *cause réelle*.

L'imprecisione della causa può svolgere un ruolo unico: il dipendente non contesta i fatti addotti per giustificare il licenziamento, ma nega che questi fatti siano il vero motivo di licenziamento. Ad esempio, un impiegato dell'hotel è licenziato per aver preso delle marmellate e del burro lasciate dai clienti su vassoi della colazione. Esaminando tutti i fatti precedenti al licenziamento, i giudici ritengono che il piccolo furto del dipendente non è la vera causa del licenziamento, perché la causa "esatta" del licenziamento, la *cause réelle*, viene rivelata dalla testimonianza di un dipendente nel corso del procedimento di risoluzione contrattuale dal suo datore di lavoro: la causa allegata dal datore di lavoro è solo un pretesto, che dissimula la vera causa ed il licenziamento viene così dichiarato illegittimo⁴⁶².

I giudici devono quindi sempre verificare che se la causa allegata non nasconda la vera causa – inconfessabile – di licenziamento⁴⁶³: attività sindacale, azioni

⁴⁶¹ Grenoble, 8 oct. 1974, in *Dr. ouvrier*, 1976, 23; egualmente, i giudici controllano l'esistenza dell'inattitudine: Soc., 29 janv. 1981, in *Dr. ouvrier*, 1982, 158 («une incapacité de travail de 30 % n'entraîne pas in concreto l'inaptitude de la salariée à tenir son emploi»).

⁴⁶² Soc., 28 oct. 1981, in *Bull. civ.*, V, 836; nello stesso senso: Soc., 23 févr. 1977, D., 1977, IR, 161 («le motif allégué, mauvais résultats, dissimulant le motif réel qui consistait à avoir exigé l'augmentation de rémunération, promise antérieurement»).

⁴⁶³ Soc., 26 mai 1998, in *RJS*, 7/98, n. 840.

giudiziarie fatte per far valere i propri diritti, partecipazione ad uno sciopero⁴⁶⁴, incapacità risultante da un incidente sul lavoro⁴⁶⁵, motivi derivanti dalla vita privata che non possono in linea di principio giustificare il licenziamento.

§ b). «CAUSE SERIEUSE»

L'errore, la causa seria («La faute, cause sérieuse»)

Nel corso del dibattito che ha preceduto il voto sulla legge del 13 luglio 1973, il Ministro del Lavoro ha dato un chiarimento sul significato di causa seria: «*Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement*»⁴⁶⁶.

La definizione dovrebbe portare - e in realtà ha portato - ad un cambiamento nelle soluzioni di diritto positivo. Mentre prima del 1973 il giudice decideva che il licenziamento per un errore lieve non era un licenziamento abusivo, ora i giudici decidono che un errore "lieve" non è una causa seria di licenziamento⁴⁶⁷. Se la lieve negligenza non è certamente un serio motivo di licenziamento, ci si domanda allora se è necessario che la colpa del lavoratore sia "grave" affinché il datore di lavoro abbia il diritto di licenziare. La questione è stata controversa dopo l'adozione della legge 13 luglio 1973⁴⁶⁸; la Corte ha dato risposta negativa, ammettendo che c'è una categoria di comportamento intermedia tra la *faute* «*sérieuse*» et la *faute* «*grave*» (colpa seria e colpa grave), per giustificare

⁴⁶⁴ Soc., 28 avr. 1994, in *Dr. Soc.*, 1994, 719 in caso di licenziamento motivato per errori commessi dal dipendente; i giudici hanno deciso che tali errori sono solamente dei pretesti mentre deve ritenersi che la vera causa del licenziamento sia la partecipazione del dipendente ad uno sciopero. Essendo accertata quindi la vera causa del licenziamento, viene dichiarato come inesistente il licenziamento poiché la legge prevede la nullità dei licenziamenti per fatti di sciopero.

⁴⁶⁵ Soc., 10 avr. 1995, in *RJS*, 5/95, n. 527.

⁴⁶⁶ «*Una causa seria è una causa che riveste una certa gravità che rende impossibile senza danni per l'impresa, la continuazione del lavoro e che rende necessario il licenziamento*».

⁴⁶⁷ Soc., 5 janv. 1978, in *Jurisp. UIMM*, n. 388; Soc., 8 oct. 1981, in *Droit ouvrier*, 1982, 191.

⁴⁶⁸ J. PELISSIER, *op. cit.*, 191 et s.

licenziamento⁴⁶⁹. Questa distinzione tra colpa "seria" e colpa "grave" offre ai giudici un ampio potere discrezionale. In presenza di situazioni concrete dove i torti del dipendente possono essere abbastanza caratterizzati da giustificare un licenziamento senza essere gravi a tal punto da privare il dipendente del diritto al preavviso e all'indennità di licenziamento⁴⁷⁰.

Il fatto attribuito al lavoratore, che si è svolto al di fuori dei tempi e dei luoghi di lavoro e che riguarda la sua vita personale, non può costituire una colpa che ne giustifichi il licenziamento⁴⁷¹. V'è tuttavia una deroga a tale principio. Quando la cattiva condotta tenuta al di fuori dai tempi e dai luoghi di lavoro, ha creato un problema all'interno dell'impresa, in ragione dei doveri del dipendente e dello scopo dell'impresa il licenziamento è considerato legittimo⁴⁷². È ammesso anche che un errore commesso fuori dei tempi di lavoro possa essere una causa seria di licenziamento quando «*les faits se rattachent à la vie professionnelle du salarié*» («i fatti si ricollegano alla vita professionale del dipendente»)⁴⁷³. Sebbene i fatti commessi al di fuori della vita lavorativa possono, in alcuni casi,

⁴⁶⁹ Soc., 10 juin 1976, in *Dr. Soc.*, 1977, 21, note J. PELISSIER; Soc., 28 mars 1979, D., 1979, IR, 423; Soc., 5 févr. 1981, in *Dr. ouvrier*, mai 1982, 158.

⁴⁷⁰ V. ROGER, *Effets de la délinquance du salarié sur le contrat de travail*, in *Dr. Soc.*, 1980, 173; J. Y. FROUIN, *L'incarcération du salarié et la relation de travail*, in *RJS*, 1/01, 3; Soc., 16 juin 1988, D., 1990, 70; Soc., 21 juin, 12 juill, 1989, D., 1990, 133 (*l'exclusion de la faute pénale, implique l'effacement de la faute disciplinaire*); Soc., 25 avr. 1990, D., 1990, IR, 126 (*la non-révélation d'une condamnation antérieure, n'est pas une cause réelle et sérieuse*).

⁴⁷¹ Soc., 26 sept. 2001, in *RJS*, 12/01, 1413; Soc., 16 déc. 1997, in *RJS*, 2/98, 141, in *Bull. civ.*, V, 441; Soc., 14 mai 1997, in *RJS*, 6/97, 758.

⁴⁷² Soc., 20 nov. 1991, in *RJS*, 1/92, 3 («*un agent de surveillance dans une entreprise de gardiennage vole à l'étalage dans un centre commercial en dehors de son temps de travail; sa faute constitue une cause sérieuse de licenciement, Les trois conditions qui permettent de retenir une faute commise dans sa vie personnelle par le salarié comme cause sérieuse de licenciement sont cumulatives et non pas simplement alternatives*»); J. MOULY «*Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle: le retour discret de la perte de confiance*», in *Dr. Soc.*, 2006, 839 et s..

⁴⁷³ Soc., 6 févr. 2002, in *RJS*, 4/02, 410: «*un salarié, en dehors du temps de travail, agresse un de ses subordonnés chargé de récupérer un véhicule de l'entreprise à son domicile; ces fait se rattachent à la vie professionnelle et constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement*»; Soc., 25 févr. 2003, in *Dr. Soc.* 2003, 625, note J. SAVATIER; Soc., 19 mars, 2008, in *Dr. Soc.* 2008, 822, note CH. VIGNEAU, 816 et s..

costituire un serio motivo di licenziamento, resta tuttavia il principio per cui i fatti commessi nella vita extra lavorativa non possono giustificare azioni disciplinari: il lavoratore infatti non è in uno stato di perenne subordinazione nei confronti del datore di lavoro, che non ha alcun titolo di esercitare un così vasto potere disciplinare.

«La cause sérieuse, non fautive»⁴⁷⁴

All'infuori di ogni errore, il comportamento o più generalmente la situazione personale del lavoratore può costituire un problema importante per il buon funzionamento dell'impresa e giustificare, a questo titolo, il licenziamento. L'insufficienza professionale, l'inattitudine fisica, le assenze, le cattive relazioni con la clientela o con gli altri dipendenti saranno frequentemente invocati come cause di licenziamento⁴⁷⁵, tuttavia, come nel caso della colpa, il comportamento del dipendente nella sua vita personale non può, senza eccezione, essere un serio motivo di licenziamento⁴⁷⁶.

Logicamente i giudici devono esaminare se l'incompetenza professionale, l'incapacità, l'assenza (ecc..) rendano impossibile, senza danni per l'azienda, la prosecuzione del rapporto di lavoro. Lo studio della giurisprudenza rivela che questa ricerca non è fatta sistematicamente quando la Corte di cassazione esercitava ancora un controllo sulle qualifiche effettuate dai giudici di merito; è apparso anche che, per certi tipi di licenziamento, la regola era di non

⁴⁷⁴ *La causa seria, non colpevole.*

⁴⁷⁵ Soc., 13 nov. 2008, 07-42640, in *RJS*, 1/09, 3 («*Le licenciement prononcé en violation d'une clause de garantie d'emploi n'est pas nécessairement un licenciement sans cause réelle et sérieuse; les juges doivent apprécier, comme dans les autres litiges concernant un licenciement, le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement*»). Soc., 2 févr. 1999, in *Bull. civ.*, V, 49 («*Le salarié licencié en violation d'une clause de garantie d'emploi a droit à une indemnité forfaitaire minimale correspondant aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de garantie d'emploi*»); Soc., 13 nov. 2008 préc. («*à cette indemnité s'ajoute l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse seulement si le juge retient, au regard des motifs allégués dans la lettre de licenciement, l'absence de cause réelle et sérieuse*»).

⁴⁷⁶ Soc., 22 janv. 1992, in *Dr. Soc.*, 1992, 268 («*le fait pour une salariée d'une concession Renault d'acheter une voiture Peugeot ne constitue pas une cause sérieuse de licenciement: dans sa vie privée, le salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandises de son choix*»).

controllare il carattere «*sérieux*» della causa allegata, ma era verificata solo la «*réalité*». L'unificazione in una sola nozione di due esigenze nettamente distinte ovvero la «*cause réelle et sérieuse*» permetteva di mascherare l'assenza di verifica del carattere *sérieux*.

Questo fenomeno era manifesto quando il datore di lavoro invocava *l'insuffisance professionnelle* del dipendente per giustificare il licenziamento. Per la Corte di cassazione, l'insufficienza professionale era una «*cause sérieuse*» per il fatto che era *réelle*⁴⁷⁷.

Questa assenza di controllo del carattere *sérieux* della causa di licenziamento era nota anche per altri motivi, quali il pensionamento⁴⁷⁸ e, più generalmente, quando una clausola della contrattazione collettiva prevedeva che un determinato fatto avrebbe giustificato la risoluzione del contratto. La tendenza della Corte di cassazione era di considerare che una clausola della contrattazione collettiva poteva certificare un carattere *sérieux* e ritirare ai giudici il compito di giudicare che il legislatore ha affidato loro e quindi di controllare la *réalité* ed il carattere *sérieux* di queste cause di licenziamento⁴⁷⁹. Tale giurisprudenza tuttavia era doppiamente pericolosa: privava di garanzie i lavoratori che il legislatore aveva voluto dare loro contro la perdita del loro posto di lavoro e minato seriamente lo stato di diritto.

Dal momento che la Corte di cassazione non ha alcun controllo sulle qualifiche in possesso del giudice di merito, le soluzioni variano a seconda del tribunale, in situazioni analoghe i giudici decideranno, qui che la causa sebbene *réelle* non è *sérieuse*, oppure là che la *cause réelle* è anche *sérieuse*⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Soc., 7 févr. 1980, in *Bull. civ.*, V, 88, 117; Soc., 11 févr. 1982, in *Bull. civ.*, V, 114; Soc., 15 juin 1983, in *Bull. civ.*, V, 325. V. nello stesso senso la giurisprudenza dello scarso rendimento del dipendente: qualunque sia l'origine di tale scarso rendimento costituisce sempre una *cause sérieuse* di licenziamento (Soc., 5 oct. 1983, in *Bull. civ.*, V, 472; Soc., 7 janv. 1981, in *Jur. soc.*, mars 1981, F. 27).

⁴⁷⁸ Soc., 14 mars 1985, in *Dr. ouvrier*, 1985, 472.

⁴⁷⁹ Soc., 17 oct. 1983, in *Bull. civ.*, V, 496.

⁴⁸⁰ Soc., 18 déc. 1986, in *Jur. soc.*, 1987, F. 11 e Soc., 11 déc. 1986, in *Jur. soc.*, 1987, F. 4

Generalmente, appare tuttavia che i giudici di merito ricercano con attenzione se la *cause réelle* di licenziamento è anche una causa *sérieuse*. Questo è manifesto quando si analizza la giurisprudenza concernente i licenziamenti per *insuffisance professionnelle*⁴⁸¹ o per impossibilità di utilizzare il dipendente⁴⁸².

Il momento di apprezzamento della *réalité* e del carattere *sérieux* della causa

La *réalité* e la *sérieux* del motivo di licenziamento si valuta al momento in cui la decisione di risolvere il contratto di lavoro è presa dal datore di lavoro⁴⁸³. Di conseguenza, le assenze prolungate del lavoratore non possono essere un serio motivo di licenziamento se tale decisione è presa quando il lavoratore è tornato a lavorare. Parimenti, le difficoltà professionali col superiore gerarchico non costituiscono una causa *sérieuse* dal momento che il superiore gerarchico non è più dipendente dell'impresa⁴⁸⁴.

SEZ. 3). - PROVA DELLA CAUSE REELLE ET SERIEUSE E RELATIVE SANZIONI

L'onere della prova della *cause réelle et sérieuse* non deve essere confusa con l'onere della prova del licenziamento. Quando un dipendente afferma di essere stato licenziato e richiama i diritti connessi al licenziamento, è suo onere

⁴⁸¹ Versailles, 29 juin 1994, in *RJS*, 11/94, 1328 («*Le manque de suivi de la comptabilité de certaines sociétés du groupe n'est pas un motif sérieux de licenciement lorsque le réviseur comptable ne dispose pas d'un personnel suffisant pour faire face à ses attributions*»); Soc., 24 janv. 1995, in *CSB*, 1995, 72 («*l'insuffisance de qualité du travail n'est pas un motif sérieux de licenciement lorsque le salarié manque de spécialisation pour les tâches qui lui ont été confiées*»). In tal senso si vedano anche Soc., 3 févr. 1999; in *RJS*, 3/99, 351; Soc., 30 mars 1999, in *RJS*, 5/99, 641; Soc., 13 janv. 2004 in *Bull. civ.*, V, 3. In via più generale si veda la pronuncia della Corte di cassazione Soc., 18 mai 2005 in *RJS*, 8-9/05, 819; Soc., 3 oct. 2007, 06-42, 121, ove si statuisce che «*décide que le juge du fond doit rechercher si les mauvais résultats procèdent d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute imputable au salarié*».

⁴⁸² Il licenziamento è senza causa grave quando il datore di lavoro non ha offerto al dipendente un altro lavoro di equivalente, che era disponibile in azienda.

⁴⁸³ Soc., 5 janv. 1999, in *RJS*, 2/99, 166; Soc., 21 nov. 1990 in *Bull. civ.*, V, 574.

⁴⁸⁴ PÉLLISSIER, AUZERO, DOCKÉS, *op.cit.*, 469 ss.; P. LOKIEC, *op. cit.*, 302.

provare che trattasi appunto di un licenziamento⁴⁸⁵. Al contrario, quando un dipendente sostiene che la causa del licenziamento avanzata dal datore di lavoro, non è *réelle* o non è *sérieuse*, non è di sua competenza l'onere della prova.

La prova

La legge del 13 luglio 1973, sostituisce il carattere accusatorio della procedura precedentemente in vigore col carattere inquisitorio: «*Aucune des parties ne supporte la charge de la preuve. Elles sont mises à égalité. C'est le juge qui se voit confier la mission d'établir la preuve, l'une et l'autre partie, dans son propre intérêt, devant lui en fournir les éléments. S'ils sont insuffisants, il appartiendra au juge d'en recueillir d'autres au moyen de toutes mesures d'instruction qu'il jugera appropriées*»⁴⁸⁶. Le prove fornite dalle parti saranno eventualmente scartate dal giudice se non hanno natura legale, ciò è quanto è stato deciso per esempio in merito alle registrazioni (audio e video) effettuate ad insaputa dei dipendenti⁴⁸⁷. Il giudice non deve solo stabilire se il motivo allegato dal datore di lavoro è una *cause réelle et sérieuse*, ma ha anche il dovere di indagare se non vi sia qualche altra ragione, posta quale vero motivo del licenziamento⁴⁸⁸. Queste nuove regole previste dall'articolo L. 1235-1 C. trav. confessano poteri molto ampi al giudice che può, dice il testo, «*recourir à toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles*»⁴⁸⁹, così come può rifiutarsi di disporre un atto d'indagine richiesto

⁴⁸⁵ Soc., 9 nov. 1977, in *Bull. civ.*, V. 485.

⁴⁸⁶ «*Nessuna delle due parti ha l'onere della prova. Essi sono uguali. È il giudice che ha il compito di stabilire quali siano gli elementi di prova, dell'una e dell'altra parte, nel proprio interesse, e di fornire innanzi a lui detti elementi di prova. Se sono insufficienti, spetterà al giudice raccogliere le prove che ritiene appropriate alla fattispecie*» (Déclaration du ministre du Travail, JO, 30 mai 1973, 1145, 2e col.).

⁴⁸⁷ Soc., 20 nov. 1991, in *CSB*, 1992, 13.

⁴⁸⁸ Soc., 23 oct. 1991, in *RJS*, 1991, 1303; Soc., 10 avr. 1996, in *RJS*, 5/96, 527; Soc., 26 mai 1998, in *RJS*, 7/98, 840.

⁴⁸⁹ «*ricorrere a tutte le istruzioni probatorie che ritiene necessarie*».

da una delle parti⁴⁹⁰. Le parti del processo hanno, dunque, ogni interesse a fornire al giudice il massimo degli elementi che stabiliscano la veridicità delle loro affermazioni sebbene l'onere della prova non incomba su nessuno di loro. Certi autori hanno, tuttavia, osservato che i giudici non applicano le nuove disposizioni legali e che, per l'obliquità della giurisprudenza detta «*des motifs en apparence réels et sérieux*»⁴⁹¹, lasciano a carico del dipendente la prova dell'assenza della *cause réelle et sérieuse*⁴⁹². In realtà, tale giurisprudenza «*des motifs en apparence réels et sérieux*» non ha questa portata. La Corte di cassazione afferma infatti che quando il datore di lavoro ha allegato, come deve, dei motivi precisi ed in apparenza di natura tale da giustificare il licenziamento, il giudice non può pronunciare una condanna contraria al motivo che ha indotto il datore di lavoro a provare la *cause réelle et sérieuse*⁴⁹³. La Corte di cassazione non fa quindi sopportare al dipendente l'onere della prova; ma rimprovera ai giudici di merito di non avere compiuto bene il loro proprio compito e cioè di ricercare loro stessi se esiste o meno una *cause réelle et sérieuse*.

Vi può infine essere anche il caso in cui il giudice, senza prove, non può formare la sua convinzione circa l'esistenza o l'assenza di una *cause réelle et sérieuse* di licenziamento. Se il datore di lavoro non ha allegato nulla, sarà allora condannato per tale mancanza; si deve tuttavia dire che se il datore di lavoro aveva allegato un motivo in apparenza *réel et sérieux*, sarà condannato senza ignorare che, almeno in apparenza, il licenziamento è giustificato dalla causa allegata.

⁴⁹⁰ Soc., 20 nov. 1980, in *Dr. ouvrier*, avr.-mai 1982, 156; Lyon, 18 nov. 1974, in *Dr. ouvrier*, avr. 1976, 41.

⁴⁹¹ «*dei motivi in apparenza reale e seri*».

⁴⁹² In particolare si veda H. SINAY, *Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juill. 1973*, in *Dr. Soc.*, avr. 1978, 22 et s. tra le prime sentenze che invocano una causa reale e grave: Soc., 16 nov. 1977, in *Dr. ouvrier*, 1978, 27.

⁴⁹³ «*Les motifs allégués par l'employeur étant en apparence réels et sérieux, il appartenait dès lors aux juges de former leur conviction et de la motiver sans que la charge de la preuve incombe à l'employeur*»: Soc., 8 oct. 1981, in *Dr. ouvrier*, mai 1982, 191; Soc., 24 avr. 1980, in *RPDS*, 1980, 220, V. J. LAROQUE: in *Dr. Soc.*, avr. 1978, 28.

L'intenzione del legislatore e la logica delle disposizioni del 13 luglio 1973 conducono, in caso di dubbio, a fare sopportare l'onere della prova a carico del datore di lavoro. Durante i dibattiti parlamentari, infatti il ministro del Lavoro ha indicato chiaramente che *«l'employeur aura, en matière de preuve, une responsabilité particulière au cours du procès»*, precisando che: *«C'est évident, et pour la jurisprudence cela résultera de tous les travaux préparatoires et de nos délibérations actuelles... En définitive, la carence de l'employeur, s'il y a carence, devrait tourner à l'avantage du salarié»*⁴⁹⁴. La logica del testo legislativo impone tale soluzione.

Poiché il diritto di licenziare esiste solamente se esiste una *cause réelle et sérieuse*, l'impossibilità per il giudice di constatare una *cause réelle et sérieuse* deve condurlo a constatare che difettano le condizioni di esistenza del diritto e che il licenziamento è stato pronunciato illegittimamente. Ogni incertezza sul punto può ritenersi oggi svanita: la legge del 2 agosto 1989 ha modificato il vecchio articolo L. 122-14-3 con il nuovo L. 1235-1: *«Si un doute subsiste, il profite au salarié»* («Se un dubbio sussiste, giova al dipendente»)⁴⁹⁵.

SEZ. 4). - LE SANZIONI IN ASSENZA DI CAUSE REELLE ET SERIEUSE – GLI ARTICOLI L. 1235-3 E L. 1235-4

Il licenziamento può essere contestato davanti al Conseil des prud'hommes⁴⁹⁶. Se il Consiglio ritiene che la *cause réelle et sérieuse* non sussiste, può: 1). proporre la reintegrazione del lavoratore nell'impresa; 2). condannare il datore di lavoro a versare al lavoratore un'indennità pari a sei mesi di retribuzione. Tuttavia se il lavoratore ha meno di dieci anni d'anzianità o lavora in un'impresa con meno di

⁴⁹⁴ *«il datore di lavoro avrà, in materia di prova, una responsabilità particolare durante il processo»*, precisando che *«È evidente e per la giurisprudenza ciò risulterà da tutti i lavori preparatori e delle nostre deliberazioni attuali... In definitiva, la carenza del datore di lavoro, se c'è, dovrebbe essere valutata a favore del dipendente»*.

⁴⁹⁵ Soc., 16 juin 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 773; Soc., 6 oct. 1999, in *RJS*, 11/99, 1355.

⁴⁹⁶ Il "Consiglio dei Probiviri" è una giurisdizione paritaria composta da un numero legale di consiglieri esterni e impiegati eletti, organizzata in diverse sezioni.

11 lavoratori, l'ammontare dell'indennità è fissata secondo il pregiudizio subito. Tali somme si aggiungono all'indennità di licenziamento e di preavviso. Non tutti i dipendenti, vittime di un licenziamento *senza cause réelle et sérieuse*, possono invocare gli stessi diritti innanzi al giudice. I dipendenti che lavorano in imprese con meno di undici dipendenti che sono occupati da meno di due anni nel settore non godono delle disposizioni di cui agli articoli L. 1235-3 e L. 1235-4. In passato si era formata un'eccezione a tale regola generale. La Corte di cassazione aveva deciso che le sanzioni di cui al vecchio articolo L. 122-14-4 erano applicabili anche ai licenziamenti di lavoratori con meno di due anni di anzianità di servizio, o impiegati in una società con meno di undici dipendenti⁴⁹⁷. La Corte di cassazione tuttavia ha cambiato la sua giurisprudenza⁴⁹⁸. La stesura del nuovo articolo L. 1235-5 ha implicitamente consacrato questo sviluppo giurisprudenziale. I dipendenti che non possono invocare le disposizioni degli articoli L. 1235-3 e 1235-4 del codice del lavoro, hanno diritto al risarcimento in base al danno a loro causato dal licenziamento *senza causa reale e seria* ed è competenza del giudice di merito valutare l'entità del danno⁴⁹⁹.

Le tre sanzioni degli articoli L. 1235-3 et L. 1235-4

⁴⁹⁷ Soc., 26 juin 2001, in *Bull. civ.*, V, 233, in *RJS*, 10/01, 1130; Soc., 11 juill. 2000, in *Bull. civ.*, V, 270, in *RJS*, 11/00, 1074; Soc., 13 nov. 1996, in *Dr. Soc.*, 1996, 1096, obs. Ph, WAQUET.

⁴⁹⁸ Soc., 5 févr. 2003, in *Bull. civ.*, V, 41; Soc., 10 juin 2003, in *Dr. Soc.*, 2003, 895, obs. Ph. WAQUET («*Les salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou qui travaillent dans une entreprise employant moins de onze salariés n'ont pas droit à l'indemnité minimale de six mois, même lorsque les règles concernant l'assistance du salarié par un conseiller ont été violées; seules sont applicables les dispositions de l'ancien article L. 122-14-5*»).

⁴⁹⁹ Soc., 25 sept. 1991, in *Dr. Soc.*, 1991, 763 («*Les juges du fond ne peuvent pas attribuer une indemnité équivalente à six mois de salaire sans avoir recherché l'importance du préjudice subi (Soc., 15 mars 1978, in Bull. civ., V, 187), mais ils peuvent condamner l'employeur à payer une indemnité égale à six mois de salaire dès lors qu'ils précisent qu'il s'agit de dommages et intérêts correspondant à l'importance du préjudice occasionné par le licenciement*»). Soc., 25 sept. 1991, in *Dr. Soc.*, 1991, 763 («*L'absence de cause réelle et sérieuse établit par elle-même l'existence d'un préjudice*»).

Laddove siano applicabili gli articoli L. 1235-3 e L. 1235-4, il datore di lavoro incorre in tre sanzioni, sebbene, in realtà, non saranno mai comminate tutte e tre insieme⁵⁰⁰:

La reintegrazione.

Il giudice può proporre la reintegrazione del lavoratore in azienda. Questa sanzione è raramente imposta, non solo perché è una mera possibilità per il giudice, ma anche perché la legge prevede espressamente che il datore di lavoro, come il lavoratore, possono rifiutare la reintegrazione proposta dal giudice.

L'indennità minima di sei mesi di retribuzione.

Il lavoratore ha diritto ad un'indennità di risarcimento speciale di cui all'articolo L. 1253-3: «*Chaque fois que le licenciement a été effectué sans cause réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas réintégration*»⁵⁰¹.

Questa compensazione ha una natura ibrida. Si tratta di una sanzione nei confronti del datore di lavoro, in quanto l'importo non potrà mai essere inferiore a sei mesi di retribuzione, anche se il dipendente ritrova (immediatamente dopo il licenziamento) un impiego equivalente all'impiego perso, ovvero a dire anche se non subisce alcun danno. Sotto questo aspetto, la compensazione è una sanzione civile inflitta al datore di lavoro colpevole.

Tale indennità tuttavia non è una somma forfettaria. È un minimo. Se il lavoratore subisce un pregiudizio importante, ad esempio se subisce una disoccupazione prolungata, avrà diritto ad un'indennità che ripari pienamente i danni causati dal datore di lavoro, che può avere un importo molto superiore a

⁵⁰⁰ Soc., 18 déc. 1975, D., 1976, 210, note J. PELISSIER («*Le juge n'est pas tenu de commencer par proposer la réintégration. Il peut directement condamner l'employeur à une indemnité*»).

⁵⁰¹ «*Ogni volta che il licenziamento è stato comminato senza cause réelle et sérieuse ed a cui non segue la reintegrazione*».

quello di sei mesi di retribuzione. Spetta al lavoratore fornire la prova del pregiudizio subito⁵⁰².

Tale indennità non preclude il risarcimento dei danni per licenziamento illegale (*abusif*).

Condanna del datore di lavoro al rimborso dei sussidi di disoccupazione (des allocations de chômage).

Questa terza sanzione, prevista dall'articolo L. 1235-4, interessa solo indirettamente il lavoratore licenziato, che non percepisce, difatti, nessuna indennità supplementare a causa di questa condanna del datore di lavoro. Tale sanzione ha, tuttavia, un interesse per la collettività dei dipendenti per l'effetto deterrente che può avere su un datore di lavoro che sta prendendo in considerazione di pronunciare un licenziamento senza *cause réelle et sérieuse*⁵⁰³. Questo effetto dissuasivo è stato tuttavia attenuato dalla legge del 30 dicembre 1986. Inizialmente la legge prevedeva una condanna del datore di lavoro al rimborso di tutte le indennità di disoccupazione pagate al lavoratore licenziato dal giorno del licenziamento sino a quello del giudizio pronunciato dal Tribunale. Il nuovo testo precisa che l'importo di questa condanna non può superare sei mesi di indennità di disoccupazione⁵⁰⁴ e che questo rimborso è ordinato d'ufficio dal Tribunale nel caso in cui le parti non abbiano proposto

⁵⁰² Soc., 8 juill. 1982, in *Bull. civ.*, V, 475 (9 mois de salaire); Soc., 12 mars 1987, in *Bull. civ.*, V, 147 (abus s'ajoutant à l'absence de cause réelle et sérieuse); Soc., 25 janv. 1989, in *Bull. civ.*, V, 64 (préjudice moral), («*De toutes manières, égale ou supérieure à 6 mois de salaires, il s'agit de dommages-intérêts, réparant un préjudice exclus de l'assiette des cotisations de sécurité sociale*»).

⁵⁰³ Una decisione (TGI Paris 25 janv. 1987, in *Dr. Soc.*, 1987, 469, note PRÉTOT) ha statuito che l'ex articolo L. 122-14-4 è su questo punto in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tale opinione inattesa è stata rinnegata dalla Corte di cassazione: (Soc., 7 déc. 1988, 18 janv. 1989, in *Dr. Soc.*, 1989, 246, note JEAMMAUD) affermando che «*L'employeur n'est pas automatiquement condamné et peut contester le principe de sa responsabilité dans le licenciement. Le procès est équitable*».

⁵⁰⁴ Soc., 22 avr. 1992, in *RJS*, 6/92, 727 («*Les juges du fond apprécient souverainement, dans la limite prévue par la loi, la part des indemnités de chômage devant être remboursées aux organismes concernés*»).

istanza o non abbiano fatto conoscere l'importo delle indennità versate⁵⁰⁵. V'è tuttavia anche da dire che il datore di lavoro può eludere questa sanzione concludendo una transazione⁵⁰⁶ col dipendente irregolarmente licenziato⁵⁰⁷, prima che la decisione sia presa dal giudice⁵⁰⁸.

SEZ. 5 - I LICENZIAMENTI PROIBITI (DISCRIMINATORI)

Se il diritto di licenziare è in genere subordinato al rispetto di determinate condizioni di forma e contenuto, viene del tutto eliminato in una serie di situazioni specifiche, quali sono i «*licenciements prohibés*» sebbene la loro determinazione sia incerta, in quanto non previsti in una specifica norma. Per quanto riguarda la sanzione dei licenziamenti *prohibés*, varia a seconda del caso anche se normalmente si traduce in nullità.

Le interdizioni legali

Al di fuori del divieto di licenziamento di una persona rientrante in una categoria protetta (rappresentanti del personale, delegati sindacali, membri del comitato d'impresa, ecc.), il Codice del Lavoro prevede in vari casi che un licenziamento non può essere pronunciato senza autorizzazione amministrativa. Tali divieti legali sono diventati più numerosi negli ultimi anni.

⁵⁰⁵ Soc., 17 déc. 1987, in *Jur. soc.*, 1988, 3; Soc., 16 févr. 1987, in *Jur. soc.*, 1987, 27 («*Lorsque la décision de justice condamnant l'employeur à verser une indemnité au salarié pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a ordonné d'office le remboursement des indemnités de chômage, il appartient à l'Assedic de demander au juge du fond (Conseil de Prud'hommes ou cour d'appel selon le cas), par voie de requête en réparation d'omission à statuer, de compléter sa décision pour ordonner le remboursement des indemnités de chômage*»).

⁵⁰⁶ Soc., 7 juin 1995, in *Bull. civ.*, V, 188 («*Si une transaction est conclue entre le salarié et l'employeur au cours de la procédure d'appel, celle-ci n'est pas opposable à l'Assedic; cet organisme peut invoquer les dispositions du jugement ordonnant le remboursement par l'employeur des allocations de chômage versées au salarié*»); in tal senso anche Soc., 7 juin 1995, in *Bull. civ.*, V, 189.

⁵⁰⁷ Soc., 14 janv. 1982, in *Jur. soc.*, 1982, 25; V. B. BOUBLI, *Le droit des Assedic au remboursement des indemnités de chômage*, in *Dr. Soc.*, 1981, 258.

⁵⁰⁸ PELLISSIER, AUZERO, DOCKES, *op. cit.*, 481 ss.; P. LOKIEC, *op. cit.*, 242; BOSSU, DUMONT, YVES-VERKINDT, *Droit du travail*, Montchrestien, 2011, 304.

Essi non sono soggetti a restrizioni come la *faute grave* (colpa grave) del lavoratore e non può essere esercitata senza l'autorizzazione data da un'autorità amministrativa. Sono così fortemente proibiti i licenziamenti discriminatori (art. L. 1132-1), i licenziamenti di persone che hanno subito o rifiutato di sottoporsi ad atti di molestie sessuali o morali (art. L. 1153-2 e L. 1153-3), licenziamenti in ragione dell'esercizio del diritto di sciopero (art. L. 1132-2)⁵⁰⁹.

Il legislatore ha quindi ritenuto di rendere effettivo il diritto dei dipendenti ad agire in giudizio per far rispettare queste interdizioni legali, proibendo espressamente il licenziamento di persone che hanno subito atti di abuso sessuali o morali (art. L. 1153-3 e L. 1152 -2), o che hanno attivato un'azione giudiziale per fare rispettare l'uguaglianza professionale tra donne e uomini (art. L. 1144 -3)⁵¹⁰.

Il divieto nonostante l'assenza di un testo di legge

L'assenza di un testo di legge che vieti il licenziamento non significa che il licenziamento non sia vietato. Il divieto può derivare da una clausola inserita nel contratto di lavoro o da un contratto collettivo che garantisce al dipendente il suo posto per un certo periodo di tempo, durante il quale il datore di lavoro non ha il diritto di licenziare il lavoratore se non in casi eccezionali. Più in generale si può affermare che l'ordine pubblico e le libertà fondamentali possono eliminare

⁵⁰⁹ «*aucun salarié ne peut être licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses-où, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail... , en raison de son état de santé ou de son handicap*».

⁵¹⁰ In altri casi, il licenziamento è vietato, ma la legge prevede tale divieto in situazioni particolari. Così, le donne in gravidanza (o nel periodo successivo alla loro maternità) non possono, in linea di principio, essere licenziate. Il datore di lavoro conserva il diritto di recedere solo se risultano mancanze estranee alla gravidanza o all'incapacità di rispettare il contratto di lavoro per ragioni non correlate alla gravidanza o al parto (art. L. 1225-4). Il regime di divieto di licenziamento è simile a quello in cui il lavoratore ha subito un infortunio o una malattia professionale. Durante il periodo di sospensione del contratto, il datore di lavoro non può risolvere il rapporto imputandolo a *faute grave* (colpa grave) del dipendente o all'incapacità di rispettare il contratto per un motivo estraneo all'infortunio o alla malattia (art. L. 1226-9).

il diritto di licenziare. Il licenziamento pronunciato in tali circostanze non è solo un licenziamento senza *cause réelle et sérieuse*, ma un licenziamento illegittimo che deve essere sanzionato.

§. 1). – *sanzioni dei licenziamenti “prohibes”*⁵¹¹

La sanzione di licenziamenti *prohibés* solleva due questioni relative alla natura della sanzione e dei suoi effetti. Pare anzitutto necessario chiedersi se la sanzione dovrebbe essere la nullità del licenziamento, oppure una semplice indennità riparatrice come nel caso di un licenziamento senza *cause réelle et sérieuse*? E ancora, se il licenziamento viene dichiarato nullo, tale nullità ha sempre gli stessi effetti?

Il licenziamento ‘*prohibes*’ è stato ritenuto nullo per la prima volta ormai più di 60 anni fa, in merito al licenziamento di un dipendente in violazione del suo status di dipendente protetto⁵¹². Da allora, tale sanzione è stata consacrata da diversi testi che, vietando il licenziamento, affermano che la violazione del divieto è sanzionata con la nullità del licenziamento (art. L. 1132-4, 1134-4, L. 1144 - 3, L. 1152-3, 1153-4 L, L. 0,1225: -5).

Viene tuttavia da chiedersi se in assenza di un testo di legge che preveda espressamente la nullità, i giudici possano giudicare la nullità del licenziamento? In un primo momento, la Corte di cassazione ha risposto in senso negativo, ritenendo che allorquando la nullità del licenziamento non era prevista da un testo legale il licenziamento pronunciato per una causa illecita, doveva essere considerato e trattato come licenziamento privo di *cause réelle et sérieuse*⁵¹³. Il 28 aprile 1988, la Corte ha ammesso per la prima volta, anche in

⁵¹¹ G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, in *Dr. Soc.*, 1977, 215; B. GAURIAU, *La nullité du licenciement et la personne du salarié*, in *Dr. Soc.*, 1993, 738; B. DESJARDINS, *La réintégration*, in *Dr. Soc.*, 1992, 766.; F. GAUDU, *Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte*, in *Dr. Soc.*, 2010, 151 et s.

⁵¹² *Soc.*, 3 juin 1948, D., 1948, 51.

⁵¹³ *Soc.*, 31 mars 1982, in *Dr. Soc.*, 1983, 225, note J. SAVATIER; Si veda anche COUTURIER, in *Dr. Soc.* 1977, 215 et s..

assenza di una normativa che prevedesse espressamente la nullità, che il licenziamento pronunciato in violazione di un diritto costituzionale (il diritto di esprimere opinioni), esistente quindi dentro e fuori l'azienda deve essere sanzionato con la nullità⁵¹⁴. Dopo tale sentenza, la Corte di cassazione ha allargato considerevolmente il campo della nullità dei licenziamenti giudicando che ogni licenziamento che arrechi pregiudizio ad una libertà fondamentale deve essere annullato⁵¹⁵. Recentemente, nonostante l'assenza di una normativa che prevede la nullità, la Corte di cassazione ha deciso «*qu'est nulle licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger*»⁵¹⁶.

Reintegrazione del dipendente⁵¹⁷

Per molti anni, la nullità del licenziamento non ha comportato la reintegrazione del lavoratore nel proprio posto di lavoro. Era stato sostenuto infatti che l'obbligo di reintegrare era un obbligo di fare e che in applicazione dell'articolo 1142 del Codice civile, ogni obbligo di fare si doveva risolvere nella formula 'danno-interessi' in caso di inadempienza del debitore. È stato necessario attendere la sentenza *RevetSol*, del 14 giugno 1972, affinché la vittima di un licenziamento potesse ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di

⁵¹⁴ Soc., 28 avr. 1988, in *Bull. civ.*, 1988, 437, note WAGNER; G. LYON-CAEN, in *Dr. ouv.*, 1987, 97 et S..

⁵¹⁵ Soc., 13 mars 2001, in *Dr. Soc.*, 2001 117; Soc., 28 mai 2003, 808 obs. Ph. WAQUET; Soc., 31 mars 2004, n. 01-46960 et 01-46961.

⁵¹⁶ «*che è nullo il licenziamento comminato dal datore di lavoro per un motivo legato al legittimo esercizio da parte del lavoratore del diritto di lasciare la sua postazione di lavoro in una situazione di pericolo*» (Soc., 28 mai 2009, in *Dr. ouvrier*, 2009, 286), tale decisione è presa in applicazione dell'art. L. 4131-3 (*interdiction de sanctionner un salarié exerçant son droit de retrait en cas de danger grave et imminent*) et L. 1121-1 (*interdiction d'apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*), interpretata alla luce della direttiva 89/3911 CEE del 12 giugno 1989, art. 8 & 4.

⁵¹⁷ M. HENRY, *La réintégration des salariés non protégés*, in *Dr. ouvrier*, 1995, 371; H. SINAY, *Rigueur et ampleur de la réintégration*, in *Dr. Soc.*, 1994, 552; B. DESJARDINS, *op. cit.*, 766 et S.; Ph. WAQUET, *La réintégration du salarié illégalement licencié*, in *Dr. Soc.*, 1991, 60.

reintegro. Da tale decisione, la reintegra dei dipendenti nel loro posto di lavoro a seguito di un licenziamento nullo si è molto diffusa. Inizialmente tale beneficio era riconosciuto solo ai dipendenti protetti, ora può essere ottenuto da tutti i dipendenti. La regola è stata quindi generalizzata dalla Corte di cassazione⁵¹⁸.

Non è necessario che il legislatore abbia espressamente previsto la prosecuzione del contratto di lavoro in caso di nullità, come avviene per i licenziamenti annullati a seguito della violazione di una procedura di licenziamento collettivo, o per la discriminazione tra uomini e donne, o per l'esercizio del diritto di sciopero. Sicché una dipendente licenziata durante il periodo di gravidanza ha diritto alla reintegrazione nel suo posto di lavoro, sebbene l'articolo L. 1225-4 non lo preveda esplicitamente.

La disposizione di legge secondo cui il licenziamento nullo può dar luogo al risarcimento dei danni non vanifica tuttavia il diritto alla reintegra⁵¹⁹. La pena prevista dal legislatore è infatti considerata soltanto sussidiaria o complementare, oppure ancora alternativa nei casi in cui il dipendente non chieda la reintegrazione e svolge un ruolo complementare allorché la reintegra non risolve interamente il pregiudizio subito. Infine la reintegrazione è imposta al datore di lavoro se è intercorso un periodo relativamente lungo (diversi anni) tra la pronuncia del licenziamento e la sua cancellazione⁵²⁰.

L'indennizzo in caso di reintegra

Salvo i casi in cui un provvedimento ordini la prosecuzione del contratto mentre il lavoratore è in fase di preavviso, la reintegra del dipendente nel suo posto di lavoro non estingue il suo diritto a vedersi riparare il pregiudizio subito. Il

⁵¹⁸ Soc., 30 avr. 2003, in *RJS*, 7/03, 869, nota J. DUPLAT, 557 et s.: «*lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent*».

⁵¹⁹ Art. L. 1225-1271 C. trav. prevede che il mancato rispetto da parte del datore di lavoro delle disposizioni di cui agli articoli L. 1225-1, 1225-1228 e L. 1225-35 a L. 1225-1269 può comportare il risarcimento dei danni a favore del dipendente. Nonostante questo testo, i giudici decidono che la dipendente licenziata durante la gravidanza ha diritto alla reintegrazione.

⁵²⁰ Soc., 2 juin 1993, in *Dr. ouvrier*, 1993, 429; Soc., 13 juill. 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 881.

dipendente è stato privato della retribuzione durante il periodo compreso tra la data del recesso e la sua effettiva reintegra e tale danno deve essergli riparato. In genere, il giudice condanna il datore di lavoro a pagare «*somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé*»⁵²¹. Se il dipendente ha, in questo periodo, percepito un compenso di lavoro da un'altra società o ricevuto un reddito sostitutivo versati da un'agenzia sociale, questi importi sono dedotti dal danno subito. In alcune situazioni, la condanna del datore di lavoro è più rigorosa, dovendo corrispondere al dipendente l'intera somma che egli avrebbe percepito tra l'estromissione e la reintegrazione ed avendo poca importanza che il lavoratore abbia o meno ricevuto le retribuzioni o la sostituzione del reddito durante tale periodo. Questo è il caso del licenziamento di scioperanti a causa dello sciopero stesso⁵²² o dei licenziamenti, senza autorizzazione amministrativa, dei rappresentanti del personale⁵²³.

L'indennizzo in assenza di reintegrazione

Il dipendente ha diritto di chiedere di essere reintegrato nel suo posto di lavoro quando il licenziamento è nullo, ma ben potrebbe preferire di non esercitare questo diritto e preferire solo un risarcimento dei danni. Avrà allora diritto a diverse indennità. Beneficerà dell'indennità di violazione del contratto di lavoro,

⁵²¹ Soc., 3 juill. 2003 in *Bull. civ.*, V, 214; Soc., 12 févr. 2008, in *Bull. civ.*, V, 34; Soc., 16 déc. 2008, in *RJS*, 2/09, 1600 («un importo pari alla perdita totale subita durante il periodo di tempo trascorso tra il suo licenziamento e la sua reintegrazione, entro i limiti dell'importo della retribuzione che gli è stato negato»).

⁵²² Soc., 2 févr. 2006, 03-47, 481 in *RDT*, 2006, 42 obs. O. LEDERE.

⁵²³ Soc., 10 oct. 2006, 04-47, in *RJS*, 12/06, 1296; Soc., 14 févr. 2007, in *RJS*, 2007, 633 («Mais lorsque le licenciement avait été autorisé et que l'annulation du licenciement résulte de l'annulation de cette autorisation de licencier, les sommes perçues par le salarié pendant la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration sont déduites du montant des salaires qui auraient dû être versés»).

dell'indennità di preavviso⁵²⁴, dalla compensazione legale o contrattuale di licenziamento. A tale indennità se ne aggiunge un'altra che ripara integralmente il pregiudizio risultante del carattere illecito del licenziamento, il suo importo è apprezzato dal giudice di merito e cioè almeno pari a quello di cui all'articolo L. 1235-3 del codice del lavoro⁵²⁵, ovvero a sei mesi⁵²⁶ di retribuzioni.⁵²⁷

⁵²⁴ Lo stesso dicasi nel caso in cui il dipendente si trovi nell'impossibilità fisica (Soc., 2 juin 2004, 1230, in *RJS*, 8-9/04, 903).

⁵²⁵ Soc., 17 déc. 2002 in *Bull. civ.*, V, 390; Soc., 12 juin 2001 in *Bull. civ.*, V, 219; Soc., 27 juin 2000, in *Bull. civ.*, V, 250; Soc., 21 sept. 2005, in *RJS*, 12/05, 1163.

⁵²⁶ Soc., 2 juin 2004, 1230 FS-PB, in *RJS*, 8-9/04, 903; Soc., 6 oct. 2010, 09-42, 283 («*Cette indemnité minimale de six mois est due, même si le salarié n'a pas deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et même s'il n'a pas six mois d'ancienneté*»).

⁵²⁷ PÉLISSIER, AUZERO, DOCKÉS, *op. cit.*, 484 ss..

CAP. 2 - IL LICENZIAMENTO PER CAUSA ECONOMICA

Il licenziamento per causa economica può essere posto in essere dal datore di lavoro che fa cessare uno o più contratti di lavoro a tempo indeterminato per un motivo che non concerne la persona del lavoratore⁵²⁸. Affinché tale licenziamento sia legittimo è tuttavia necessario che non possa essere fatto uno spostamento dell'interessato su altre mansioni⁵²⁹.

In particolare la soppressione o la trasformazione dell'impiego deve essere causata da difficoltà economiche o da trasformazioni tecnologiche oppure, ancora, da una riorganizzazione dell'impresa necessaria alla salvaguardia della sua competitività (da distinguere però dalla semplice ricerca di benefici)⁵³⁰.

Le difficoltà economiche possono sussistere, ad esempio, quando si verifica una perdita di mercato, un forte indebitamento o un deficit importante, ma non quando sopravviene un incidente passeggero e poco rilevante (ad es., un leggero ribasso delle vendite). Allo stesso modo il solo intento risparmiatore, quando la situazione economica e finanziaria dell'impresa è buona, non può giustificare il licenziamento. La trasformazione tecnologica (come l'acquisizione di nuovi attrezzi comportanti nuovi metodi di lavoro oppure l'informatizzazione) può essere ugualmente la causa di un licenziamento economico. Tuttavia il datore di lavoro è tenuto – quando le trasformazioni tecnologiche sono importanti – ad elaborare un piano di adattamento dei lavoratori.

Più precisamente si ha un licenziamento economico quando il motivo del licenziamento non è inerente alla persona del lavoratore e quindi non si fonda su un motivo personale. Non è quindi un motivo economico il licenziamento

⁵²⁸ (NDR. Il licenziamento per motivi economici non può essere applicato al contratto a tempo determinato).

⁵²⁹ (NDR. La procedura di licenziamento per motivo economico varia in funzione del numero di dipendenti destinatari di un licenziamento).

⁵³⁰ Per un'analisi comparata tra il licenziamento economico in Francia ed in Italia si veda R. DALMASSO, *Essai sur le licenciement économique*, bibl. De Cujas, Paris, 3 e ss..

basato sull'età del lavoratore o su una sua inattitudine a svolgere nuove mansioni conseguentemente alla soppressione o trasformazione dell'impiego⁵³¹, ad una modificazione sostanziale del contratto di lavoro conseguente alle difficoltà dell'impresa dovute a ragioni economiche⁵³² o a cambiamenti tecnologici⁵³³.

La legge di modernizzazione sociale (L. del 3 gennaio 2003 e L. del 18 gennaio 2005)

La legge di modernizzazione sociale del 17 gennaio 2002 contiene numerose disposizioni che incidono sul diritto al licenziamento economico. Il legislatore infatti per tentare di porre un freno allo sviluppo di tale tipo di licenziamenti che venivano usati anche in aziende economicamente sane (Renault, Michelin, Canon, Mark e Spencer), ha modificato considerevolmente la procedura di licenziamento, rafforzando il ruolo dell'autorità amministrativa e quello dei

⁵³¹ Anche il licenziamento collettivo di più dipendenti per ragioni economiche non è che la somma di più licenziamenti individuali e le garanzie di questo sono considerate sufficienti.

⁵³² La nozione di licenziamento per cause economiche appare per la prima volta nella giurisprudenza amministrativa concernente l'attuazione dell'ordinanza del 24 maggio 1945 sul controllo dell'impiego.

⁵³³ Per quanto riguarda la procedura del licenziamento, le regole più discusse riguardano i termini, giudicati troppo lunghi per gli imprenditori, intercorrenti tra quando il licenziamento appare necessario e quando questo può essere notificato dopo avere ottenuto l'autorizzazione amministrativa a procedere col licenziamento. L'autorizzazione amministrativa infatti è stata rimossa (in due fasi): dapprima, in parte, dalla legge del 3 luglio 1986, e poi completamente dalla legge del 30 dicembre 1986. Pertanto se il datore di lavoro vuole fare un licenziamento economico non deve più chiedere il permesso all'autorità amministrativa, la quale ora deve essere solo informata dello svolgimento di tale procedura e può eventualmente esercitare un controllo su di essa. Queste modifiche procedurali, che hanno soddisfatto le richieste dei datori di lavoro, sono completate da un altro orientamento confermato dalla legge del 2 agosto 1989, avente lo scopo di tutelare al meglio gli interessi dei lavoratori. Si tratta dello sviluppo di misure di accompagnamento anche detto "piano sociale", il cui effetto è quello di mantenere i dipendenti nella società, nonostante le difficoltà economiche, o di facilitarne l'uscita contribuendo al loro *reclassement*, di modo da far fare a loro una formazione professionale, e semplicemente aiutarli a trovare una nuova occupazione. In particolare la legge del 27 gennaio 1993 ha adottato nuove misure per promuovere il recupero dei dipendenti: sancendo la nullità della procedura di licenziamento effettuata dal datore di lavoro che non prevede l'inserimento dei rappresentanti dei lavoratori in un piano di *reclassement* (ex art. L. 321-4-1, par. 2 e 3) e autorizza l'ispettorato del lavoro a verificare la sussistenza o meno di un piano sociale (ex art. L. 321-7, comma 3).

rappresentanti del personale, creando un congedo di *reclassement* e sostituendo un piano di salvaguardia dei posti di lavoro in materia di occupazione⁵³⁴.

SEZ. 1). - NOZIONE DI LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI (DEFINIZIONE GENERALE)

Esiste una definizione generale di licenziamento economico e, dentro questa, delle suddivisioni.

Gli interessi collegati alla qualifica di licenziamento economico sono molteplici: oltre alle regole relative ad ogni licenziamento è soggetto a norme specifiche quali la consultazione con i rappresentanti del personale, l'obbligo di informativa all'autorità amministrativa, l'obbligo di offrire ai dipendenti un congedo di *reclassement* o un accordo di *reclassement* personalizzato⁵³⁵, l'obbligo di elaborazione di un piano di sviluppo per la salvaguardia dell'occupazione, priorità di riassunzione dei lavoratori licenziati, diritto di azione sindacale e di attivare il procedimento in materia di lavoro.

I tre elementi dell'articolo L. 1233-3

La definizione di cui all'articolo L. 1233-3 riprende la direttiva europea del 17 febbraio 1975 ed ha tre componenti: uno negativo e un altro facente riferimento alla causa immediata di licenziamento (la soppressione del posto di lavoro), il terzo elemento riguarda invece la causa di questa soppressione, tra cui in particolare le difficoltà economiche della società o le mutazioni tecnologiche⁵³⁶.

1). ragione economica: ciò che non è «inerente alla persona del lavoratore»

La ragione economica è in primo luogo ciò che non è «*inhérent à la personne du travailleur*»⁵³⁷, che gli è quindi esterno: il motivo disciplinare, l'assenza

⁵³⁴ PÉLLESIER, AUZERO, DOCKÉS, *op. cit.*, 485 ss.; P. LOKIEC, *op. cit.*, 254.

⁵³⁵ Ciò significa che la Corte di cassazione controllerà con accuratezza il *reclassement*.

⁵³⁶ R. DALMASSO, *op. cit.*, 423 e ss..

⁵³⁷ «*inerente alla persona del lavoratore*».

prolungata o le assenze ripetute, l'età, l'inattitudine fisica o professionale, ecc. in altre parole se il datore di lavoro vuole procedere al cambiamento di personale, o si basa sulla qualità del lavoro, la ragione non è di ordine economico⁵³⁸.

2). *La motivazione economica*

La motivazione economica comporta necessariamente tagli di posti di lavoro, a cui l'articolo L. 1233-3 paragona la trasformazione del rapporto di lavoro o la sua modifica, rifiutata da parte del lavoratore. Quando un dipendente è licenziato e il suo lavoro viene poi occupato da un altro dipendente, il motivo del licenziamento è all'evidenza un motivo inerente alla persona del lavoratore e non ha una causa economica⁵³⁹.

Tuttavia, si ha soppressione del posto di lavoro quando il compito del lavoratore licenziato è distribuito tra più dipendenti che già lavorano in azienda⁵⁴⁰.

La distinzione tra la trasformazione dell'impiego⁵⁴¹ e la modifica di un elemento essenziale del contratto di lavoro non è più di interesse in quanto uno e l'altro sono, in caso di rifiuto del dipendente, una causa di licenziamento economico⁵⁴².

Se è necessario che vi siano tagli di posti di lavoro, trasformazione di impiego o modifica del contratto di lavoro affinché il licenziamento sia un licenziamento per motivi economici, non è invece necessario che ci sia all'interno dell'azienda o dello stabilimento, una diminuzione del numero complessivo dei posti di lavoro, ben potendo una riorganizzazione portare alla sostituzione dei posti di

⁵³⁸ Soc., 13 avr. 1976, in *Bull. civ.*, V, 207; Soc., 13 juin 1979, in *Bull. civ.*, V, 386; Soc., 21 juill. 1986, in *jurisp. UIMM*, 87/483, 62.

⁵³⁹ Soc., 22 mars 1978, in *Dr. Soc.*, 1978, 296, obs. J. SAVATIER; Soc., 23 sept 1992, in *Dr. Soc.*, 1992, 924; («est sans cause réelle et sérieuse»).

⁵⁴⁰ Soc., 2 juin 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 678; Soc, 29 janv. 1992, in *RJS*, 1992, 264; Soc., 7 oct. 1992, in *Dr. Soc.*, 1992, 923.

⁵⁴¹ La trasformazione dell'impiego, che può comportare modifica sostanziale del contratto di lavoro, costituisce modifica della natura dell'impiego. Il datore di lavoro non può licenziare improvvisamente i lavoratori coinvolti nella trasformazione del loro impiego: egli ha il dovere di assicurare loro il reinserimento anche con la formazione professionale.

⁵⁴² A condizione che la trasformazione del lavoro o modificazione del contratto è successiva a delle difficoltà economiche o a dei cambiamenti tecnologici.

lavoro persi con dei nuovi. Lo stesso dicasi se il numero complessivo dei posti di lavoro non è in diminuzione, ma dopo la ristrutturazione crea licenziamenti per motivi economici⁵⁴³.

3) *causa della soppressione: le difficoltà economiche e le mutazioni tecnologiche*
Il diritto positivo prima del 1989 sottolineava che la questione della soppressione o modifica dell'impiego doveva essere di natura congiunturale o strutturale. La legge del 2 agosto 1989, ha modificato la sostanza: la soppressione o la modifica dell'impiego deve essere «*consécutives notamment à des difficultés économiques (conjoncture) ou à des mutations technologiques (plus précis que cause structurelle)*»⁵⁴⁴. L'avverbio "particolare" si aggiunge ad un concetto già molto estensibile, perciò quando un datore di lavoro mette mano all'assetto occupazionale della società, sebbene in assenza di difficoltà economiche o di innovazioni tecnologiche per salvaguardare la competitività della società, i licenziamenti decisi in tali circostanze saranno dei licenziamenti per motivi economici⁵⁴⁵. Allo stesso modo, sono economici i licenziamenti comminati da parte del datore di lavoro per chiusura della sua attività a causa della sua età⁵⁴⁶ o del suo stato di salute⁵⁴⁷ o come risultato di forza maggiore quale può essere l'allagamento dei locali⁵⁴⁸. Più in generale, la Corte di cassazione ha stabilito che la cessazione di attività della società, quando non è

⁵⁴³ La giurisprudenza su questo punto è ben consolidata, si veda: Soc., 24 oct. 1979, in *Dr. ouvrier*, 1980, 138; Soc., 1^{er} Juin 1983, in *Jur. soc.*, 1983, F. 70.

⁵⁴⁴ «*consecutiva al cambiamento economico particolarmente difficile (congiuntura) o alle mutazioni tecnologiche (più accurato che causa strutturale)*».

⁵⁴⁵ Soc., 10 mai 1994, in *RJS*, 6/94, 674; Soc., 8 juin 1994, in *Bull. civ.*, V, 193; Soc., 23 mai 1995, in *RJS*, 8-9/95, 871; Soc., 7 mars 2001, 98-46. 044; Soc., 7 juill. 1998, in *Bull. civ.*, V, 369.

⁵⁴⁶ Paris, 9 avr. 1992, Desfrey et Binet; *contra* Soc., 10 oct. 1989, in *RJS*, 11/89, 835.

⁵⁴⁷ Nancy, 16 janv. 1991, in *RJS*, 7/91, 830.

⁵⁴⁸ Soc., 15 févr. 1995, in *RJS*, 4/95, 371.

dovuta a colpa del datore di lavoro o di sua biasimevole leggerezza, è per un motivo economico di licenziamento⁵⁴⁹.

La qualifica di «*licenciement pour motif économique*»⁵⁵⁰ è comunque esclusa se questo è intervenuto a seguito di proposte di modifica del contratto (per un motivo non inerente alla persona) di uno o più lavoratori i quali rifiutano la modifica al contratto in applicazione di un accordo di riduzione della durata del lavoro⁵⁵¹. È altresì esclusa la qualifica di licenziamento economico se ci sono tagli di posti di lavoro in un settore particolare della costruzione e di lavori pubblici, con dipendenti assegnati a un cantiere che vengono licenziati alla fine dei lavori. In tali casi i licenziamenti sono considerati licenziamenti per motivi personali⁵⁵².

Concorso di motivi: motivo economico e motivo personale

Le situazioni di fatto tuttavia sono spesso complesse. Talvolta sono parecchie le cause di licenziamento suscettibili di essere invocate davanti al giudice; queste cause possono essere completamente indipendenti o, al contrario, strettamente legate le une alle altre.

1). Cause di licenziamento non aventi alcun legame tra loro

⁵⁴⁹ Soc., 16 janv. 2001, in *RJS*, 3/01, 294; Soc., 28 févr. 2006, 03-47, 880, in *Bull. civ.*, V, 89; Soc., 18 janv. 2011, 09-69 199, in *Sem. soc. Lamy*, 2011, 1476 («*Mais lorsque plusieurs sociétés d'un groupe sont coemployeurs, la cessation d'activité d'une entité ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elle relève*»).

⁵⁵⁰ «*licenziamento per motivi economici*».

⁵⁵¹ Art. L. 1222-7.

⁵⁵² Art. L. 1236-8, secondo questo articolo «*le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession*», non è soggetto alla normativa sui licenziamenti per motivo economico, ma rileva la legge sui licenziamenti per motivi personali (Soc., 22 avr. 1977, in *Dr. Soc.*, 1978, 295, obs. J. SAVATIER; Soc., 25 nov. 1982, in *Dr. Ouv.*, 1983, 145). Se c'è un'opportunità di lavoro su un altro plesso della società, il licenziamento sarà considerato senza causa reale e seria (Soc., 10 juill. 1986, in *jurisp. UIMM* 87/486). L'art. L. 1236-8 prevede che la contrattazione collettiva può derogare alle regole poste dalla legge.

Se le cause di licenziamento suscettibili di essere invocate dal datore di lavoro non hanno nessun legame tra loro, normalmente è onere del datore di lavoro scegliere il motivo di licenziamento che gli sembra più appropriato. Chi ha allegato un determinato motivo - ad esempio motivi personali (colpa) - è tenuto a giustificare davanti al Tribunale del lavoro ed, eventualmente, ai giudici penali, che tale cessazione è sorretta da una *cause réelle et sérieuse*. Se il giudice è convinto che il vero motivo del licenziamento è dovuto, ad esempio, ai ripetuti ritardi del lavoratore licenziato e non, come invece motivato, dalle difficoltà economiche della società, il datore di lavoro non sarà condannato per aver comminato un licenziamento per motivi economici senza informare l'autorità amministrativa, ma - al contrario - se il motivo personale allegato dal datore di lavoro non è la causa esatta di risoluzione (ma la vera causa è per esempio la situazione economica della società), sarà condannato per mancanza di *cause réelle et sérieuse* del licenziamento.

Il datore di lavoro che ha la possibilità di scegliere la qualifica del licenziamento, normalmente deve restare legato alla sua scelta. Se ha scelto di presentare il licenziamento per motivi economici, non potrà più invocare le regole del licenziamento per motivi personali⁵⁵³. Diversamente, il datore di lavoro che ha scelto di presentare il licenziamento come un licenziamento per motivi personali non può difendersi davanti ai giudici invocando il carattere economico del licenziamento⁵⁵⁴. Il datore di lavoro può anche citare nella lettera di licenziamento, differenti cause della risoluzione. Tale possibilità per il datore di lavoro di invocare diversi motivi è stata ammessa⁵⁵⁵ allorquando il datore di

⁵⁵³ Prima delle riforme del 1986, i giudici hanno deciso che un datore di lavoro soggetto alla legge del 3 gennaio 1975, non poteva utilizzare - in caso di rigetto - la procedura di licenziamento per motivi personali.

⁵⁵⁴ I dati del problema sono complicati dal fatto che un datore di lavoro licenzia seguendo spesso la procedura dei licenziamenti per motivo personale mentre invoca in realtà una causa economica; il giudice 'des prud'hommes' verifica che la causa sia *réelle et sérieuse* ed, in tal caso, non condanna il datore di lavoro, qualora il dipendente abbia omissso di chiedere il risarcimento per violazione della procedura dei licenziamenti per motivo economico.

⁵⁵⁵ Soc., 23 sept. 2003, in *Bull. civ.*, V, 242.

lavoro ha basato la propria decisione su un motivo disciplinare ed uno non disciplinare. Il datore di lavoro, tuttavia, in tal caso non può scegliere liberamente il motivo di licenziamento quando sono molte le ragioni che lo hanno portato a comminare il licenziamento e queste sono completamente indipendenti l'una dall'altra. La Corte di cassazione ha quindi affermato che, laddove il regime giuridico di licenziamento per un motivo determinato fornisce specifiche garanzie al lavoratore, il datore di lavoro non può privare il lavoratore di queste garanzie citando un altro motivo di licenziamento⁵⁵⁶.

Va da sé quindi che dal momento che è ammissibile che i motivi siano uno disciplinare e uno non disciplinare, deve esserlo anche quando uno è di ordine personale e l'altro di ordine economico. Sarebbe sbagliato dire che le motivazioni personali e le ragioni economiche sono incompatibili tra loro poiché contraddittorie. Questa incompatibilità esisterà solo quando i due motivi sono strettamente correlati in un rapporto di causalità. Quando i due motivi conseguono a fatti completamente indipendenti (un errore professionale e la ristrutturazione aziendale), possono perfettamente coesistere; l'errore professionale non esclude la ristrutturazione ed un errore professionale e la ristrutturazione dell'impresa, possono coesistere perfettamente. Pertanto qualora il datore di lavoro sostenga nella lettera di licenziamento le ragioni personali e le ragioni economiche, spetterà al giudice trovare quale è stata la causa principale a determinare il licenziamento⁵⁵⁷.

2) I motivi di licenziamento strettamente legati l'uno all'altro

I motivi di licenziamento possono essere strettamente legati l'uno all'altro. Si può allora parlare di licenziamento misto. Tale è il caso, per esempio, di un dipendente diventato inadatto a mantenere il suo lavoro (motivi personali)

⁵⁵⁶ Soc., 14 mars 2000, in *RJS*, 5/2000, 526: «un salarié ayant été déclaré inapte à son emploi par le médecin de travail à la suite d'un accident de travail, ce qui lui ouvrirait droit au bénéfice des dispositions de l'ancien article L. 122-32-5 du Code du travail, l'employeur ne pouvait dès lors le licencier pour motif économique sans méconnaître ces dispositions».

⁵⁵⁷ Soc., 3 avr. 2002, in *RJS*, 6/02, 697.

perché le sue mansioni sono state modificate a seguito di una ristrutturazione aziendale (motivi economici). Come si vede un fatto nuovo porta a catena altre conseguenze: prima la trasformazione del rapporto di lavoro, quindi l'incapacità del lavoratore di svolgere il lavoro mutato. In tali casi, può essere scelto un unico motivo, ma la questione è se prevale la causa primaria (cronologicamente prima ed all'origine di un'altra causa) o la causa finale.

La Corte di cassazione ritiene abitualmente di tener valido come motivo di licenziamento la causa principale, in quanto logicamente è la causa principale a determinare il licenziamento: se il lavoro è stato modificato a seguito della ristrutturazione, il licenziamento del dipendente non idoneo a svolgere il nuovo lavoro deve essere considerato come un licenziamento per motivi economici. L'incapacità del dipendente infatti altro non è che una conseguenza della trasformazione del lavoro; la seconda causa⁵⁵⁸, quindi, deve svolgere un ruolo secondario nella qualificazione⁵⁵⁹.

SEZ. 2). – CATEGORIE DI LICENZIAMENTI ECONOMICI: *CARACTÈRE INDIVIDUEL OU COLLECTIF*

I licenziamenti sono soggetti a norme diverse a seconda che si tratti di un licenziamento individuale o di uno collettivo, è quindi indispensabile chiarire i concetti di licenziamento individuale e di licenziamento collettivo. Questa precisazione è tanto più necessaria laddove il licenziamento di un dipendente

⁵⁵⁸ Soc., 24 juin 1970, in *Bull. civ.*, V, 433, 352 («salarié qui, après avoir accepté un changement d'affectation, est licencié pour inaptitude à ce nouvel emploi: le licenciement est 'économique'»); Soc., 21 juill 1986, in *Jur. soc.*, 861, 25 [(«licenciement d'une salariée dans le cadre d'une réorganisation, consécutive à l'absence prolongée de cette salariée (licenciement pour motif personnel)»]; Soc., 15 oct. 1992, *M. LARGERON*, in *CSBP*, 1992, 271 («l'emploi de Mme LARGERON avait été transformé en raison de l'informatisation de l'entreprise; l'intéressée n'avait pu s'adapter aux nouvelles exigences technologiques afférentes à cet emploi: le licenciement a un caractère économique»).

⁵⁵⁹ PELLISSIER, AUZERO, DOCKES, *op. cit.*, 493 ss..

non è sempre un licenziamento individuale ed il licenziamento di più lavoratori non sempre è un licenziamento collettivo⁵⁶⁰.

1) Nella maggior parte dei casi, il licenziamento di un singolo lavoratore è qualificato come individuale. Ma un licenziamento apparentemente individuale ben potrebbe essere soggetto alle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi. Questo sarà il caso in cui, subito dopo un primo licenziamento, altri dipendenti della stessa azienda vengono licenziati per le stesse ragioni economiche. In una siffatta fattispecie il licenziamento del primo lavoratore licenziato si inserisce "nel quadro di un licenziamento collettivo"⁵⁶¹. È per questo che la legge fa riferimento ad un "periodo di licenziamento" (articolo L. 1233-8) e tiene in considerazione i licenziamenti successivi (art. 1233-1226).

2) Allo stesso modo, il licenziamento comminato nello stesso periodo di diversi dipendenti della società è abitualmente definito come collettivo. È altresì necessario che tutti i licenziamenti siano pronunciati per la stessa causa e che tale causa sia di natura economica, altrimenti il licenziamento verrà considerato come un insieme di licenziamenti individuali. Questo è, per esempio, il caso in cui diversi dipendenti sono licenziati per avere tenuto un comportamento scorretto durante uno sciopero, oppure il caso in cui un 'quadro' è licenziato per motivi personali nello stesso periodo in cui vengono licenziati 98 dipendenti di una fabbrica della stessa impresa, poiché non sempre vi è coincidenza tra le singole misure in materia di licenziamento individuale e licenziamenti collettivi, le quali non possono quindi essere invocate⁵⁶².

⁵⁶⁰ J. PELISSIER, *Observations à propos de la notion de licenciement individuel*, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, 83.

⁵⁶¹ Soc., 24 juin 1970, in *Bull. civ.*, V, 433; Soc., 29 oct. 1974, in *Bull. civ.*, V, 474.

⁵⁶² Soc., 27 janv. 1971, in *Bull. civ.*, 1971, V, 51, 41. La Corte di cassazione ha riconosciuto in tale caso – sebbene la soluzione sia discutibile – il carattere individuale dei licenziamenti di alcuni dipendenti che erano stati licenziati a seguito di un rifiuto di riduzione della retribuzione (Soc., 9 oct. 1991, in *CSBP*, févr. 1992, 128 et s., note critique N. DECOOPMAN: «*chacun des licenciements, prononcé à la suite du refus du salarié, conservait un caractère individuel*»). Il legislatore è quindi intervenuto per imporre, in questo caso, la qualificazione di "licenziamento collettivo" (Legge del 29 luglio 1992, modificata dalla legge del 18 gennaio 2005, art. L. 1233-25: «*Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 1233-3 et que leur licenciement est*

3) All'interno del gruppo dei licenziamenti collettivi, la legge tiene pienamente conto del numero dei lavoratori interessati. Ci sono "grandi" e "piccoli" licenziamenti. Sarà quindi necessario conoscere in quale contesto (scuola, azienda, gruppo) il computo deve essere effettuato⁵⁶³.

envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique»).

⁵⁶³ PELLISSIER, AUZERO, DOCKES, *op. cit.*, 498 ss.; BOSSU, DUMONT, YVES-VERKINDT, *op. cit.*, 325; R. DALMASSO, *op. cit.*, 138 e ss..

CAP. 3 - CONTROLLO DELLA *CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE*

Il controllo sui licenziamenti non è solo un controllo procedurale, ma anche sostanziale. I licenziamenti notificati ai dipendenti sono infatti sempre più spesso impugnati avanti ai tribunali ordinari al fine di far accertare l'assenza della *cause réelle et sérieuse* ed ottenere un risarcimento.

Questo controllo della *cause réelle et sérieuse* dei licenziamenti per motivi economici pone i giudici davanti ad una forte difficoltà; se, da un lato, il controllo deve essere effettivo (pena avere dei licenziamenti arbitrari), dall'altro, il controllo non può essere troppo rigoroso, al punto cioè da togliere agli imprenditori il diritto di scegliere tra le diverse decisioni possibili quella migliore per la società.

La Corte di cassazione negli ultimi anni ha sviluppato un sistema di controllo per punire i licenziamenti arbitrari, senza con ciò mettere in pericolo il potere di direzione dei capi di impresa. L'ha fatto evitando di utilizzare delle formule astratte e delle prove generali, privilegiando - al contrario - controlli molteplici su punti precisi. Alla fattispecie si applica l'articolo L. 1233-2 C. trav. che impone ai giudici di procedere alla doppia verifica che la definizione legale della causa economica di licenziamento implica. La causa economica è infatti costituita da una serie di elementi che sono collegati tra loro da un nesso di causalità ed il giudice non può affermare l'esistenza di una causa economica *réelle et sérieuse* se non dopo aver constatato, da un lato, l'esistenza dei fatti dedotti dal datore di lavoro e, d'altro, la realtà del legame causale tra questi fatti.

SEZ. 1 - CONTROLLO DELL'ESISTENZA DEI FATTI INVOCATI

Soppressione o modifica dell'impiego

La causa economica del licenziamento suppone una soppressione, una trasformazione di impiego o una modifica di un elemento essenziale del contratto di lavoro. Il controllo della reale soppressione, trasformazione di

impiego o modifica del contratto di lavoro è effettuata a livello di impresa⁵⁶⁴. V'è tuttavia da dire che i giudici sono particolarmente esigenti quando devono confermare l'esistenza della soppressione dell'impiego. In particolare, hanno avuto modo di decidere che non vi sono tagli di posti di lavoro laddove è stata effettuata la sostituzione di un lavoratore a tempo pieno e ben pagato con uno con retribuzione molto più bassa o a tempo parziale. I giudici hanno tuttavia ammesso che ci sono tagli di posti di lavoro quando il compito del lavoratore licenziato è stato ridistribuito tra più persone che già lavorano nell'impresa⁵⁶⁵. Sono stati altresì considerati tagli di posti di lavoro i casi in cui la posizione del lavoratore licenziato è stata occupata da un altro dipendente⁵⁶⁶.

Difficoltà, cause economiche o altre

Il controllo giudiziale delle difficoltà economiche dell'impresa è esercitata in modo particolarmente rigoroso. La Corte di cassazione ha chiaramente affermato che il giudice di merito non può limitarsi ad enunciare che l'abbassamento del fatturato del datore di lavoro giustifica il licenziamento economico, dovendo anche valutare la veridicità delle difficoltà economiche invocate⁵⁶⁷. Se il calo di fatturato è transitorio o poco importante, i giudici non devono tener conto dell'esistenza di difficoltà economiche per giustificare la soppressione o la trasformazione del rapporto di lavoro.

Allo stesso modo, la chiusura di uno stabilimento non prova di per sé l'esistenza di difficoltà economiche che giustificano i tagli di posti di lavoro. I giudici

⁵⁶⁴ Soc., 5 avr. 1995, in *Dr. Soc.*, 1995, 487, chron, G. LYON-CAEN, 489.

⁵⁶⁵ Soc., 2 juin 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 678; Soc., 29 janv. 1992, in *RJS*, 1992, 264; Soc., 7 oct. 1992, in *Dr. Soc.*, 1992, 923.

⁵⁶⁶ Soc., 29 juin 1994, in *Bull. civ.*, V, 216.

⁵⁶⁷ Soc., 12 déc. 1991, in *RJS*, 2/92, 134; nello stesso senso, Soc., 27 févr. 1992, BOUEY: per effetto di un deficit registrato nel 1988 un dipendente è licenziato nel gennaio 1989, per effetto della soppressione della sua postazione; la Corte chiamata a pronunciarsi ha rilevato che le difficoltà economiche invocate non erano dimostrate ed ha quindi deciso che il licenziamento non aveva motivo economico; Soc., 6 juill. 1999, in *RJS*, 10/99, 1236 («ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre, ni la baisse des bénéfices ne suffisent à caractériser la réalité des difficultés économiques alléguées par l'employeur»).

devono infatti valutare se la chiusura risulta da difficoltà economiche, da cambiamenti tecnologici o da riorganizzazione per salvaguardare la competitività dell'impresa⁵⁶⁸. Inoltre, le difficoltà economiche non vanno valutate al solo luogo in cui il lavoratore licenziato ha lavorato. I cattivi risultati di un punto vendita possono giustificare il licenziamento di un dipendente che lavora in quel dato punto vendita, ma quando vi sono altri negozi gestiti nella stessa città dallo stesso datore di lavoro «*la réalité des difficultés économiques invoquées doit être appréciée en fonction de l'activité de l'ensemble des magasins exploités dans la ville*» («*la realtà delle difficoltà economiche addotte devono essere valutate in funzione dell'attività di tutti i negozi operanti in città*»)⁵⁶⁹. Pertanto se la società datrice di lavoro è parte di un gruppo «*les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée*» («*la difficoltà economica deve essere valutata alla luce del gruppo industriale di cui la società fa parte*»)⁵⁷⁰.

La legge prevede che le soppressioni o i cambiamenti di impiego possono avere una causa economica, oltre che essere dovute a difficoltà economiche o ad evoluzione tecnologica, ed i giudici ritengono altresì quale causa di licenziamento economico e di ristrutturazione aziendale⁵⁷¹ la cessazione di attività⁵⁷², sebbene ne controllino la reale natura di causa *réelle et sérieuse*.

La causa della soppressione o della modifica del rapporto o del contratto di lavoro è un atto volontario del datore di lavoro che si propone di riorganizzare la società. I giudici pertanto in tali casi non si limitano a verificare i fatti invocati, ma controllano che questa riorganizzazione sia stata decisa per salvare «*la compétitivité du secteur d'activité*»⁵⁷³. L'estensione del controllo al di là della

⁵⁶⁸ Soc., 16 mars 2004, in *RJS*, 6/04, 607; Soc., 7 avr. 1998, in *RJS*, 5/98, 580.

⁵⁶⁹ Soc., 17 juin 1992, in *RJS*, 8-9/92, 980; nello stesso senso, Soc., 15 oct. 1997; in *RJS*, 12/97, 1349.

⁵⁷⁰ Soc., 5 avr. 1995, in *Dr. Soc.*, 1995, 488, Com. Ph. WAQUET, 482 et s. et G. LYON-CAEN, 489 et s..

⁵⁷¹ Soc., 1^{er} avr. 1992, in *Bull. civ.*, V, 223; Soc., 7 déc. 1993, in *Bull. civ.*, V, 306.

⁵⁷² Soc., 16 janv. 2001, in *Dr. Soc.*, 2001, 413, note Jean SAVATIER.

⁵⁷³ «*la competitività del settore*».

semplice verifica dei fatti si spiega per il fatto che questi dipendono totalmente dalla volontà del datore di lavoro, mentre è indispensabile che i giudici esercitino, in tali ipotesi, un controllo sull'opportunità della decisione di riorganizzare l'impresa, pena consentire la liceità di licenziamenti arbitrari. Nell'effettuare tale controllo i giudici ovviamente non hanno intenzione di sostituirsi al datore di lavoro e determinare quale è la migliore gestione dell'impresa, ma cercano solo di capire se la decisione presa dal datore di lavoro sia necessaria per competere efficacemente⁵⁷⁴ (ovviamente la Corte di cassazione applica rigorosamente tale criterio di competitività per ogni specifico settore di attività)⁵⁷⁵.

Analogamente, la cessazione di attività della società può giustificare un licenziamento economico⁵⁷⁶, ma non è considerata di per sé una causa *réelle et sérieuse* che giustifica il licenziamento⁵⁷⁷. Quando parecchie società di un gruppo sono co-datori di lavoro, la cessazione di attività di una di questa non può costituire una *cause réelle et sérieuse* di licenziamento se non alla condizione di essere giustificata da difficoltà economiche, da cambiamenti tecnologici o dalla necessità di salvaguardare la competitività del gruppo industriale di cui fa parte⁵⁷⁸. Quando invece le società del gruppo non sono considerate come co-datori di lavoro, la cessazione di attività di una delle società non costituisce necessariamente una *cause réelle et sérieuse* di licenziamento ed il giudice di

⁵⁷⁴ Soc., 7 avr. 1998, in *RJS*, 5/98, 580; Soc., 5 oct. 1999, in *RJS*, 11/99, 1361.

⁵⁷⁵ Soc., 9 mars 1999, in *RJS*, 4/99, 517 («*la mesure de réorganisation d'un service de nuit dans une clinique qui a pour effet de supprimer les postes de veilleurs de nuit et de les remplacer par des postes d'aides-soignants n'est pas une cause réelle et sérieuse des licenciements des veilleurs de nuit car elle n'est pas nécessaire pour assurer la compétitivité de la clinique*»).

⁵⁷⁶ Soc., 1 févr. 2011, in *RDT*, 2011, 174.

⁵⁷⁷ Soc., 9 mars 2004, in *RJS*, 6/04, 667; Soc., 16 mars 2004, in *RJS*, 6/04, 667 («*Lorsqu'un établissement est fermé, la cause pouvant justifier le licenciement est l'existence de difficultés économiques*»).

⁵⁷⁸ F. GEA, *La cessation d'activité d'une filiale: quel contrôle des licenciements?*, in *RDT*, 2011, 168 et s.

merito⁵⁷⁹ può tener conto della situazione economica della società per valutare il comportamento del datore di lavoro e decidere che i licenziamenti non hanno alcuna causa *réelle et sérieuse*⁵⁸⁰.

SEZ. 2 - CONTROLLO SULLA *REALITÉ* DEL LEGAME CAUSALE

Il licenziamento ha motivo *reale e seria* solo quando risulta da una soppressione o trasformazione di impiego, da una modifica del contratto di lavoro, da difficoltà economiche, mutazioni tecniche o di un'altra causa non inerente alla persona del lavoratore. C'è quindi un doppio legame causale la cui esistenza deve essere verificata: da un lato un nesso di causalità tra soppressione o modifica del rapporto di lavoro e licenziamento, e dall'altro un nesso di causalità tra rimozione o modifica o trasformazione del rapporto di lavoro e difficoltà economiche.

La Corte di cassazione chiede ai giudici di esercitare tale doppio controllo della *réalité* del legame causale e di esercitarlo in modo rigoroso.

Legame causale tra soppressione dell'impiego e licenziamento. Obbligo di *reclassement*⁵⁸¹

La *réalité* del nesso di causalità tra la soppressione o modifica dell'impiego o del contratto di lavoro ed il licenziamento presume, per la Corte di cassazione, che l'imprenditore non possa offrire al dipendente (la cui posizione lavorativa è soppressa o sostanzialmente modificata) un'altra posizione in azienda. Prima che la legge stabilisse esplicitamente tale obbligo (art. L 1233-4), la Corte di cassazione aveva stabilito a carico del datore di lavoro un obbligo di *reclassement* del lavoratore che versava in tali situazioni. La formula utilizzata

⁵⁷⁹ Soc., 1^{er} févr. 2011, n. 10-30.045, in *RDT*, 2011, 174.

⁵⁸⁰ PELLISSIER, AUZERO, DOCKES, *op. cit.*, 538 ss..

⁵⁸¹ J. CHAUVIRE, *Synthèse sur le reclassement dans le licenciement pour motif économique*, in *Sem. soc. Lamy*, 2011, 1477, 6 et s.; J. E. RAY, *Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement*, in *Dr. Soc.* 2008, 949; F. GEA, *Licenciement pour motif économique: l'obligation générale de reclassement*, in *RJS*, 7-8/00, 511; B. LARDY-PELLISSIER, *L'obligation de reclassement*, D., 1998, chron. 399.

nelle sentenze della Corte di cassazione non lascia spazio a dubbi⁵⁸². Tale obbligo di *reclassement* non deve essere tuttavia confuso con l'obbligo di sviluppare un piano di riqualificazione in quanto, soddisfatto quest'ultimo, il datore di lavoro non è esonerato dall'obbligo di trovare un nuovo lavoro all'interno della sua azienda al fine di evitare il licenziamento⁵⁸³. Ciò si traduce in un obbligo per il datore di lavoro di inviare per iscritto a ciascun dipendente passibile di licenziamento una precisa concreta e personale⁵⁸⁴ offerta di *reclassement*⁵⁸⁵. Essa riguarda sia le variazioni di occupazione come le perdite di posti di lavoro «*dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppressions ou de transformations d'emplois, proposer aux salariés concernés, des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail*» («nel quadro del suo obbligo di riclassificazione in azienda, il datore di lavoro, in caso di soppressione o modifiche di posti di lavoro, propone ai lavoratori interessati, posti di lavoro disponibili dello stesso livello o, in alternativa, di livello inferiore, anche attraverso la modifica sostanziale del contratto di lavoro»)⁵⁸⁶.

L'obbligo di *reclassement* non si limita quindi a proporre al dipendente un posto di lavoro equivalente al precedente, ma ha anche come scopo quello di fornire, in loro mancanza, qualifiche inferiori ed una minore retribuzione. Il dipendente è ovviamente libero di rifiutare tale proposta, ma se il datore di lavoro ha

⁵⁸² «*Le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible*» (Soc., 1 avr. 1992, in *RJS*, 5/92, 598). La Corte di Cassazione ha affermato che l'obbligo di *reclassement* esiste non solo nei casi in cui una posizione è disponibile presso il luogo di lavoro ove il dipendente ha lavorato, ma che il datore di lavoro deve offrire al lavoratore lo stesso tipo di posto di lavoro esistente altrove (Soc., 22 janv. 1992, in *RJS*, 3/92, 267).

⁵⁸³ Soc., 31 mars 1998, in *RJS*, 5/98, 578; Soc., 6 juill, 1999, in *RJS*, 10/99, 1237.

⁵⁸⁴ Soc., 7 déc. 2005 n. 03-45, 012 in *RJS*, 3/06, n. 324.

⁵⁸⁵ Soc., 20 sept. 2006 n. 04-45. 703; Soc., 13 mai 2009 n. 07-43, 893, in *RJS*, 7/09, 621.

⁵⁸⁶ Soc., 30 sept. 1997, in *RJS*, 11/97, 1222; Soc., 8 avr. 1992, in *RJS*, 5/92, 598 («*Dans le cas particulier d'une modification du contrat de travail, l'employeur est tenu d'une obligation de reclassement vis-à-vis du salarié qui refuse la modification*»).

trascurato di fargli questa offerta può ottenere la condanna per licenziamento senza *cause réelle et sérieuse*⁵⁸⁷.

Peraltro tale obbligo di *reclassement* ha un quadro molto ampio. Il datore di lavoro deve fornire ai lavoratori interessati non solo posizioni che sarebbero disponibili nella società datrice di lavoro, ma anche in quelle che sarebbero disponibili nel gruppo e cioè, tra quelle imprese la cui attività, organizzazione o sede, permette di realizzare la permuta di tutto o parte del personale⁵⁸⁸. Altresì il datore di lavoro deve verificare se ci sono posti di lavoro in una società del gruppo, anche all'estero⁵⁸⁹. Tale obbligo di offrire posti di lavoro disponibili all'estero potrebbe tuttavia portare i datori di lavoro a presentare proposte "indecenti" per via dei salari molto bassi presenti in alcuni paesi. Il legislatore ha quindi voluto fermare tali situazioni mal accettate dai dipendenti e negativi per l'immagine degli stessi datori di lavoro. Infatti l'articolo L. 1233/04/01, introdotto nel codice del lavoro dalla legge del 18 maggio 2010, prevede infatti che *«lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implantée hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation. Si le salarié ne répond pas à l'employeur dans un délai de six jours ouvrables à compter de la proposition qui lui a été faite par ce dernier, son silence est assimilé à un refus. L'employeur est alors libéré de son obligation de proposer les emplois disponibles à l'étranger. Si le salarié a manifesté, dans le délai de six jours ouvrables, son accord pour recevoir des offres de reclassement, l'employeur lui adressera les offres d'emplois disponibles à*

⁵⁸⁷ Soc., 21 mai 1992, *Delussu*, appello n. 91-40026 M.

⁵⁸⁸ Soc., 27 oct. 1999, in *RJS*, 12/99, 1449; Soc., 5 oct. 1999, in *RJS*, 11/99, 1356: «cette règle s'applique même si les entreprises ne constituent pas un groupe au sens commercial du terme»; Soc., 31 mars 1998, in *RJS*, 5/98, 578.

⁵⁸⁹ Soc., 30 mars 1999, in *RJS*, 5/99, 644; Soc., 7 oct. 1998, in *RJS*, 11/98, 1352.

l'étranger , compte tenu des restrictions que le salarié a mentionnées dans sa réponse. Le salarié reste libre de refuser ces offres»⁵⁹⁰.

Ciononostante l'obbligo di *reclassement* pesa solo sulla società datrice di lavoro e non sul gruppo. La Corte di cassazione, infatti, ha affermato che le altre società del gruppo non hanno bisogno di rispondere nei confronti dei dipendenti licenziati per insufficienza di misure di *reclassement*⁵⁹¹.

Facendo un ulteriore passo avanti, la Corte di cassazione ha altresì stabilito che il datore di lavoro non è sollevato di tutti i suoi obblighi con la mera offerta al dipendente di un impiego alternativo presso la società o il gruppo; il datore di lavoro deve anche proporre – qualora vi sia un lavoro disponibile in azienda che il lavoratore sarebbe in grado di svolgere allo stato attuale delle sue competenze - una formazione ai dipendenti minacciati di licenziamento⁵⁹². L'obbligo di *reclassement* in tal modo raddoppia, con l'aggiunta di un obbligo particolare di formazione per quei dipendenti che vedono soppressi o modificati i loro posti di lavoro, quando ve ne sono di vacanti in azienda. Tale requisito formativo è l'espressione di un obbligo del datore di lavoro di aiutare i dipendenti ad adattarsi all'evoluzione del loro lavoro. I giudici, dal canto loro, dando prova di realismo, di fatto, non impongono al datore di lavoro tale obbligo di formazione (che deve essere compatibile con le capacità dei dipendenti a rischio di licenziamento), ma chiedono solo che il datore fornisca al lavoratore una formazione abbastanza modesta che gli permetta di completare le competenze

⁵⁹⁰ «quando la società o il gruppo al quale appartiene si trova al di fuori del territorio nazionale, il datore di lavoro chiede al lavoratore prima di comminare il licenziamento se è d'accordo a ricevere offerte di un cambiamento del posto di lavoro fuori dal territorio ove attualmente opera (...). Se il dipendente non risponde al datore di lavoro entro sei giorni lavorativi dalla proposta che è stata da lui fatta, il suo silenzio è considerato un rifiuto. Il datore di lavoro è quindi liberato dal suo obbligo di offrire posti di lavoro disponibili all'estero. Se il dipendente ha dimostrato, in sei giorni lavorativi, di voler accettare offerte di riassegnazione, il datore di lavoro invia le offerte di lavoro all'estero, tenendo conto delle restrizioni che il dipendente ha menzionato nella sua risposta. Il lavoratore è libero di rifiutare queste offerte».

⁵⁹¹ Soc., 13 janv. 2010, in *Dr Soc.*, 2010, 474 obs. G. COUTURIER.

⁵⁹² Soc., 25 févr. 1992, *Sté Expovit*, in *RJS*, 4/92, 421 («L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois»).

da lui già acquisite⁵⁹³. In altre parole il datore di lavoro non è tenuto a fornire al lavoratore una formazione tale da permettergli di ottenere una qualifica molto superiore rispetto a quella attuale⁵⁹⁴. Per esprimere i limiti di tale obbligo di formazione le decisioni giudiziarie fanno riferimento a «*l'adaptation du salarié*»⁵⁹⁵ a nuove responsabilità o ad un nuovo lavoro.

La legge di modernizzazione sociale ha modificato il codice del lavoro recependo le soluzioni generate dalla giurisprudenza. L'articolo L. 1233-4 specifica attualmente che il licenziamento per motivi economici di un dipendente può avvenire solo quando tutti gli sforzi formativi e di adattamento sono stati fatti, ma ciononostante la ricollocazione non può essere operata nella società o nelle società del gruppo a cui l'azienda appartiene. Si può quindi notare una differenza tra i requisiti legali e le esigenze giurisprudenziali. La ricollocazione a livello di gruppo è presa in considerazione dai giudici solo per quelle aziende le cui attività e organizzazione permettono la permuta di tutto o parte del personale⁵⁹⁶, mentre il legislatore non prevede limiti.

Legame causale tra soppressione del posto di lavoro e causa economica

Esercitando il loro controllo sull'esistenza dei nessi di causalità che la legge menziona, cioè, da un lato, tra soppressione, trasformazione, modifica del contratto di lavoro e licenziamento e, dall'altro, tra cambiamenti tecnologici o altre cause non inerenti alla persona del lavoratore e difficoltà economiche, i giudici fissano altri limiti al potere di direzione del capo di impresa. Innanzitutto l'imprenditore non può far valere una causa economica che sopprime o modifica il contratto di lavoro se è colpevole di una riprovevole leggerezza o di uno sviamento di potere⁵⁹⁷, che se sono considerate come la vera causa dei tagli di

⁵⁹³ Soc., 17 févr. 1998, in *RJS*, 4/98, 434.

⁵⁹⁴ Soc., 4 févr. 1998, in *RJS*, 4/98, 434.

⁵⁹⁵ «*adattamento del lavoratore*».

⁵⁹⁶ Soc., 5 oct. 1999, in *RfS*, 11/99, 1356.

⁵⁹⁷ Soc., 26 févr. 1992, in *RJS*, 4/92, 422.

posti di lavoro fanno sì che tali tagli siano considerati come illegittimi. Allo stesso modo il datore di lavoro che prende lui stesso delle disposizioni per creare difficoltà economiche all'impresa non potrà invocare tali difficoltà per giustificare il licenziamento⁵⁹⁸.

In modo più originale, all'infuori di ogni frode o di ogni biasimevole leggerezza del datore di lavoro, i giudici hanno affermato che senza *cause réelle et sérieuse* di licenziamento «*suppression d'emploi n'était pas rendue indispensable par la cause économique invoquée par le chef d'entreprise*» («il taglio di posti di lavoro non è stato reso necessario da ragioni economiche addotte dall'imprenditore»)⁵⁹⁹. Ciò si verifica ogni qual volta l'imprenditore citi come causa economica la riduzione del costo del lavoro in assenza di difficoltà economiche⁶⁰⁰.

La Corte di cassazione, tuttavia, non ha permesso ai giudici di merito la possibilità di esercitare il pieno controllo sul nesso di causalità tra il numero di posti di lavoro e le ragioni economiche addotte, decidendo - in Assemblea plenaria - che quando è stata decisa la necessità di riorganizzare l'azienda per salvaguardarne la competitività, i giudici non devono controllare se il numero di tagli dei posti di lavoro è giustificato dalla tutela della competitività⁶⁰¹. Tale soluzione sembra tuttavia messa in discussione in un certo numero di sentenze

⁵⁹⁸ Aix-en-Provence, 29 oct. 1991, in *RJS*, 4/92, 436; Soc., 9 oct. 1991, in *RJS*, 11/91, 1194.

⁵⁹⁹ Soc., 17 mai 1998, in *RJS*, 5/98, 579.

⁶⁰⁰ Soc., 15 déc. 1998, in *RJS*, 2/99, 177; Soc., 24 avr. 1990, in *RJS*, 6/90, 479; Soc., 24 avr. 1990, in *RJS*, 6/90, 481; Soc., 12 déc. 1991, in *Bull. civ.*, V, 580; Soc., 20 nov. 1991, in *RJS*, 1/92, 25 («*En revanche, si ce sont des difficultés économiques qui sont la cause de la réduction de salaires ou de la suppression de l'emploi, les licenciements qui résultent de la suppression de l'emploi ou du refus du salarié d'accepter la réduction de salaires sont des licenciements ayant une cause économique réelle et sérieuse*»).

⁶⁰¹ Ass. Plén., 8 déc. 2000, D., 2001, 1125, note J. PÉLISSIER; In questo caso, la relazione degli esperti ha constatato che tre soluzioni sembrano salvaguardare la competitività della società, la prima comportava l'eliminazione di 86 posti di lavoro, la seconda 213, la terza 318. Il management della società ha scelto la terza opzione. Il giudice di merito aveva deciso che i licenziamenti non erano giustificati in quanto la soluzione ha superato la misura necessaria per salvaguardare la competitività dell'azienda. Tale decisione è stata annullata per il fatto che il tribunale non è competente a rivedere le decisioni prese dal datore di lavoro su possibili soluzioni economiche della società.

del 2006⁶⁰². La Camera sociale della Corte di cassazione ha infatti ritenuto che affinché siano giustificati i licenziamenti pronunciati, questi devono salvaguardare la competitività, prevenire difficoltà economiche⁶⁰³ ma prevenire altresì anche conseguenze dannose sull'occupazione⁶⁰⁴, «*L'objectif de prévention (...) intègre naturellement l'objectif de sauvegarder le maximum d'emplois*» («*L'obiettivo della prevenzione (...) integra ovviamente l'obiettivo di salvaguardare il massimo di posti di lavoro*»)⁶⁰⁵)⁶⁰⁶.

SEZ. 3 – SANZIONI

La risoluzione del contratto di lavoro è spesso accompagnata dal versamento di somme di denaro da parte del datore di lavoro a favore del dipendente. Alla ricezione di tali somme il lavoratore firma una «*reçu pour solde de tout compte*»⁶⁰⁷. In altre parole il datore di lavoro ed il dipendente per evitare un contenzioso, frequentemente, concludono una transazione.

§. a). - *somme dovute dal datore di lavoro*

Il dipendente, come il datore di lavoro, può trovarsi debitore per effetto della risoluzione del contratto di lavoro. Ciò accade per esempio quando c'è la risoluzione anticipata di un contratto di lavoro a tempo determinato, oppure la violazione del periodo di preavviso ove previsto.

⁶⁰² Soc., 11 janv. 2006 (deux arrêts) D., 2006, 1014 note J. PELISSIER; in *RJS*, 3/06, 322, com. J. Y. FROUIN, 187; in *Dr. Soc.* 2006, 318, note J. E. RAY.

⁶⁰³ Soc., 4 juillet 2006, n. 04-46.261, in *RDT*, 2006, 241 obs. PH. WAQUET.

⁶⁰⁴ Sulla nozione di salvaguardia della competitività: B. BOUBLI et P. LOKIEC, *Quel contrôle judiciaire de la compétitivité de l'entreprise?*, in *RDT*, 2008, 218 et s.

⁶⁰⁵ Comunicato della Corte di cassazione al fine di chiarire la portata delle decisioni in materia dell'11 gennaio 2006.

⁶⁰⁶ PÉLISSIER, AUZERO, DOCKÉS, *op. cit.*, 541 ss.; P. LOKIEC, *op. cit.*, 242.

⁶⁰⁷ «ricevuta di soluzione definitiva».

Gli obblighi imposti al datore di lavoro sono ovviamente più pesanti e più vari: oltre all'indennità di risoluzione anticipata del contratto di lavoro a durata determinata, l'indennità di preavviso, le indennità di licenziamento senza *cause réelle et sérieuse*, la cassa integrazione, l'indennità di anzianità o altre, il datore di lavoro può essere obbligato ad effettuare il pagamento di un'indennità legale di licenziamento o di un'indennità prevista dalla contrattazione collettiva.

Indennità legale di licenziamento

Testi applicabili

Un'ordinanza del 13 luglio 1967 ha creato un'indennità legale minima di licenziamento per quei dipendenti che hanno una certa anzianità ininterrotta (salvo l'esistenza di una normativa più favorevole per il dipendente della contrattazione collettiva). La riforma del 1973 sul licenziamento non ha cambiato tale soluzione, fatta eccezione per ciò che riguarda l'importo di dette indennità (Decr. 19 Settembre 1974). Successivamente l'accordo nazionale ha leggermente aumentato l'indennità minima. La legge del 17 gennaio 2002 ha poi deciso che il tasso di indennità doveva essere diverso a seconda che il licenziamento fosse notificato per motivi personali o economici, ma la legge del 25 giugno 2008 sulla modernizzazione del mercato del lavoro ha eliminato tale distinzione e modificato le condizioni di concessione di tale indennità (art. L. 1234-9 e ss.)⁶⁰⁸.

Condizioni di concessione

a) La dottrina dominante afferma che la cd. "compensazione di licenziamento" per il diritto di recesso unilaterale da parte del datore di lavoro sia dovuta solo

⁶⁰⁸ La Corte di cassazione ha da tempo chiarito che l'indennità di licenziamento non ha natura retributiva non essendo il corrispettivo per il lavoro svolto. Se ne deduce pertanto che non è soggetta a contributi previdenziali (Soc., 27 nov. 1985, in *Bull. civ.*, V, 564; 4 mai 1988, in *Dr. Soc.*, 1989, 132; 9 nov. 1989, in *Bull. civ.*, V, 657), a prescrizione (Soc., 20 oct. 1988, in *Dr. Soc.*, 1989, 132), né alle regole sui compensi speciali (Soc., 23 juin 1988, in *Dr. Soc.*, 1989, 131) e si cumula con l'indennità di disoccupazione (Soc., 6 mai 1982, in *Bull. civ.*, V, 290). L'autorità amministrativa ha fatto la stessa analisi: da un punto di vista fiscale l'indennità legale di licenziamento non è imponible.

in caso di risoluzione di contratti a tempo indeterminato⁶⁰⁹. Il lavoratore in possesso di un contratto a tempo determinato ha invece diritto, almeno in determinate circostanze, ad un'altra indennità, detta di fine contratto.

b) Come il suo stesso nome indica l'indennità è concessa solo in caso di licenziamento e non nel caso di dimissioni volontarie del lavoratore o di risoluzione per causa di forza maggiore (le indennità dette di 'uscita' che incentivano l'esodo volontario o il collocamento in pensione sono tuttavia molto simili).

c) La legge subordina il pagamento dell'indennità di licenziamento ad un'anzianità ininterrotta di minimo un anno alle dipendenze del medesimo datore di lavoro⁶¹⁰. Il diritto a tale indennità decorre dalla data di notifica della risoluzione del contratto⁶¹¹ ed anche l'anzianità è valutata a far tempo da tale data⁶¹².

d) Il dipendente sarà privato dell'indennità di licenziamento quando ha commesso un errore grave (o un errore colposo)⁶¹³.

Ammontare dell'indennità

L'indennità è stabilita in funzione di diversi parametri:

a) La base di calcolo è il salario reale complessivo, comprensivo degli accessori⁶¹⁴. La legge specifica infatti che l'indennità è calcolata in base alla

⁶⁰⁹ Tale soluzione già espressamente sancita dalla legge del 13 luglio 1973, concernente il contratto a tempo indeterminato, è stata confermata dalle successive leggi sui contratti a tempo determinato.

⁶¹⁰ Art. L. 1234-9 modificata dalla legge del 25 juin 2008.

⁶¹¹ Soc., 26 oct. 1999, in *RJS*, 12/99, 1459.

⁶¹² Soc., 25 nov. 1997, in *Dr. Soc.*, 1998, 84, obs. J. SAVATIER.

⁶¹³ L'errore grave commesso durante il preavviso (Soc., 3 juill. 1990, in *Bull. civ.*, V, 333) o rivelata dopo la notificazione del licenziamento (et commise avant celle-ci) (So c. 7 mars 1990, in *RJS*, 4/90, 292, in *CSB*, 1990 A28) non comporta la perdita del diritto all'indennità di licenziamento. Soc., 4 juill. 1990, in *CSBP*, 1990, 22, 193 («*La convention collective ou le contrat individuel de travail peut valablement prévoir que le salarié a droit à l'indemnité de licenciement, même en cas de faute grave*»).

⁶¹⁴ Soc., 16 févr. 1989, in *RJS*, 3/89, 221; Paris, 10 déc. 1992, in *RJS*, 2/93, 226.

retribuzione lorda (art. L. -1.234-9) ed il codice di regolamentazione precisa che la retribuzione da usare come base di calcolo è quella delle ultime dodici retribuzioni precedenti alla cessazione del rapporto⁶¹⁵.

b) Come indicato all'articolo L. 1234-1211, le diverse cause di sospensione del contratto non interrompono l'anzianità⁶¹⁶, ma l'eventuale periodo di sospensione non è conteggiato per determinare la durata del servizio. L'indennità di licenziamento è pari a un quinto dell'ultima retribuzione mensile per ogni anno di lavoro (con anzianità inferiore ai 10 anni) ed è aumentata di due quindicesimi⁶¹⁷ della retribuzione mensile per ogni anno di anzianità oltre i 10⁶¹⁸.

Indennità di licenziamento (della contrattazione collettiva e del contratto individuale)

Liceità delle clausole più favorevoli al dipendente

Il contratto collettivo o il contratto individuale di lavoro possono prevedere a beneficio dei dipendenti un'indennità di licenziamento a condizioni meno rigorose di quelle stabilite dalla legge o di importo più elevato di quello previsto dall'indennità legale. In particolare, il contratto collettivo o il contratto individuale possono abbreviare la durata del requisito dell'anzianità di servizio, o far sì che l'indennità di licenziamento sia dovuta al lavoratore dipendente anche in quei casi in cui questi abbia commesso un errore grave⁶¹⁹, oppure

⁶¹⁵ Oppure, secondo la formula più vantaggiosa per il dipendente, un terzo degli ultimi tre mesi (art. R. 1234-4 C. trav.

⁶¹⁶ Soc., 25 nov. 1997, in *RJS*, 1/98 n. 30 («*C'est au terme du préavis, exécuté ou non, qu'il convient de se placer pour apprécier l'ancienneté du salarié à l'effet de déterminer le montant de l'indemnité de licenciement*»).

⁶¹⁷ Art. R. 1234-2. Se complessivamente i lavoratori dipendenti beneficiano di importi superiori, i giornalisti godono in particolare d'un vantaggio notevole rispetto agli altri professionisti. L'indennità loro spettante in caso di licenziamento non può essere inferiore alla somma costituita da un mese degli ultimi stipendi per ogni anno o frazione d'anno di collaborazione (C. trav., art. L. 7112-3; il massimo delle mensilità è fissata a quindici).

⁶¹⁸ PÉLLISSIER, AUZERO, DOCKÉS, *op. cit.*, 564 e ss..

⁶¹⁹ Soc., 4 juill. 1990, in *Bull. civ.*, V, 3470.

ancora fissare un valore superiore a quello di legge (spesso infatti i contratti collettivi prevedono tariffe più alte man mano che l'anzianità del dipendente diventa più importante).

Tali clausole della contrattazione collettiva o individuale sono lecite nella misura in cui sono più vantaggiose per il dipendente rispetto alle disposizioni legali, ma la loro legittimità può essere contestata⁶²⁰ qualora abbiano l'effetto di privare il datore di lavoro del suo diritto di licenziare⁶²¹.

Revisione dell'indennità

A tale proposito è importante distinguere l'indennità contrattuale dall'indennità della contrattazione collettiva. Quando l'indennità di licenziamento è fissata dalla contrattazione collettiva, i giudici non possono ridurre l'importo da questa indicata⁶²². Possono invece ridurre l'importo di un'indennità di licenziamento, prevista *ex contractu*, qualora la trovino eccessiva rispetto al pregiudizio subito dal dipendente⁶²³. I giudici riconoscono il loro potere di ridurre l'indennità contrattuale di licenziamento per i motivi di cui all'articolo 1152 del codice civile in materia di clausole penali.

*§. b). - la reçu a saldo di ogni competenza*⁶²⁴

⁶²⁰ Douai, 18 déc. 1992, in *RJS*, 5/93, 568 («*indemnité fixée à un montant correspondant à trois années de salaires et due même en cas de faute lourde du salarié*»).

⁶²¹ L'indennità prevista dalla contrattazione collettiva o dal contratto individuale del licenziamento è considerata, per molti aspetti, un'indennità senza carattere retributivo. Come l'indennità legale di licenziamento è percepibile e cedibile in totalità; non è sottoposta alla prescrizione quinquennale della retribuzione; non beneficia del super privilegio dell'articolo L. 3253-1 del Codice del lavoro ed i giudici possono accordare al datore di lavoro dei termini per il pagamento di tale indennità. Tuttavia, a differenza dell'indennità legale, l'indennità "convenzionale" e, soprattutto, l'indennità contrattuale di licenziamento sono soggette ai contributi fiscali e previdenziali.

⁶²² Soc., 14 mai 1987, in *Bull. civ.*, V, 320; Soc., 22 févr. 1995, in *RJS*, 6/95, 6440.

⁶²³ Soc., 3 déc. 2002, in *RJS*, 2/03, 185.

⁶²⁴ *La reçu per il saldo di tutte le competenze antecedenti alla riforma del 17 janv. 2002: Droit de l'emploi sous la direction de JEAN PELISSIER*, Dalloz action, 1999, 3041 et s.; J. SAVATIER, *Le reçu*

Considerazioni generali

La *reçu* per il saldo di ogni competenza si presenta abitualmente come una dichiarazione delle somme versate dal datore di lavoro nel momento in cui cessa il contratto di lavoro. Tale *reçu* ha una funzione probatoria. Firmando tale documento il lavoratore concorda sul fatto che il datore di lavoro ha versato una determinata somma di denaro per il pagamento di debiti menzionati nell'atto. La *reçu* per la liquidazione finale ha tuttavia anche un'altra funzione, che è anche quella principale, ovvero di «solde tous les comptes»⁶²⁵. In tal modo il dipendente ammette che il datore di lavoro non gli deve più nulla. Accettando il denaro che il datore di lavoro gli offre, il lavoratore riconosce che è stato riparato di tutti i suoi diritti. In altre parole, la *reçu*⁶²⁶ per la liquidazione finale ha un effetto liberatorio per il datore di lavoro ed il dipendente non può più citarlo in giudizio per ottenere il pagamento di una determinata somma dovuta in base al contratto di lavoro o per la sua risoluzione⁶²⁷.

pour solde de tout compte. Chronique de jurisprudence, in *Dr. Soc.*, 1989, 829; I. VACARIE, *La renonciation du salarié*, in *Dr. Soc.*, 1990, 757; A. PHILBERT, *Le reçu pour solde de tout compte. Réflexions sur une évolution jurisprudentielle*, in *CSB*, 1995, 95.

⁶²⁵ «salda tutte le competenze dovute».

⁶²⁶ SOPPRESSIONE E RISTABILIMENTO DELL'EFFETTO LIBERATORIO: Per proteggere i lavoratori contro i rischi derivanti dagli effetti della *reçu* per il saldo di ogni competenza, il legislatore ha previsto da un lato, che la *reçu* per la liquidazione finale potrebbe avere effetto liberatorio soltanto se sono stabilite entro determinate condizioni, dall'altro, che il dipendente ha un periodo di due mesi per impugnare la *reçu*. Se il dipendente esercita tale diritto nei termini prescritti dalla normativa, la *reçu* per il regolamento definitivo è privato del suo effetto liberatorio. I dipendenti tuttavia mal sopportavano di vedere le loro richieste di risarcimento o pagamento degli arretrati di stipendio dichiarati improcedibili per aver firmato una ricevuta per la risoluzione definitiva del rapporto e che non aveva denunciato le condizioni richieste dalla legge. Era nato un abbondante contenzioso sulla validità della *reçu* e sulla portata di applicazione dell'effetto liberatorio. La legge di modernizzazione sociale del 17 gennaio 2002 ha eliminato l'effetto liberatorio della *reçu* per il saldo di ogni competenza e profondamente modificato l'articolo L. 1234-1220 del codice del lavoro. La *reçu* ha solo valore di semplice ricevuta per il percepimento di somme. Il formalismo della costituzione della *reçu* è stata semplificata. La legge del 25 giugno 2008 sulla modernizzazione del mercato del lavoro ha ripristinato il carattere liberatorio della *reçu* per il saldo di ogni competenza senza ripristinare il formalismo precedente. È stato quindi stabilito che se la *reçu* per il saldo di ogni competenza non viene disdetto entro sei mesi dalla sua firma, diventa obbligatorio per il datore di lavoro adempiere al pagamento delle somme ivi menzionate (art. L. 1234-20 al 2).

⁶²⁷ PÉLISSIER, AUZERO, DOCKÉS, *op. cit.*, 569 ss.; P. LOKIEC, *op. cit.*, 302; P. LOKIEC, *op. cit.*, 298.

SEZ. 4). - L'OGGETTO DEL CONTROLLO

Il dipendente sanzionato può adire il Tribunale del lavoro chiedendo l'annullamento della sanzione o la condanna del datore di lavoro al risarcimento dei danni. Può anche adire il *conseil en référé* (giudice dei procedimenti d'urgenza) per ottenere un provvedimento che non potrà essere annullato. Queste azioni aprono la strada ad un controllo giurisdizionale del potere disciplinare del datore di lavoro ed alimenta il contenzioso innanzi al giudice del lavoro⁶²⁸.

Controllo della regolarità della procedura

Il Tribunale del lavoro «*apprécie la régularité de la procédure suivie*»⁶²⁹ (articolo L. 1333-1, al. 1), dovrà quindi accertare: 1) se la misura presa dal datore di lavoro costituisce una "sanzione disciplinare" (condizione dell'obbligo di seguire una procedura disciplinare); 2). quale era, in questo caso, la procedura applicabile; 3). se tutti i termini della procedura sono stati rispettati⁶³⁰.

In giurisprudenza, e in modo simile a ciò che è conosciuto nel diritto comune, l'irregolarità procedurale del licenziamento è, a volte, trattata come un *vice de fond* («*vizio sostanziale*»)⁶³¹. La Corte di cassazione ha stabilito che l'inosservanza delle norme di cui agli articoli L. 1332-1 e ss., applicabili al licenziamento disciplinare, ha come effetto quello di privare il licenziamento stesso della *cause réelle et sérieuse*, senza distinguere tra le varie esigenze procedurali previste dal testo di legge⁶³². Tale effetto di privazione della giustificazione del licenziamento vale particolarmente per il mancato rispetto del termine (di un mese) impartito

⁶²⁸ F. VENNIN, *La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié*, in *Dr. soc.*, 1990, 769.

⁶²⁹ «*accerta la regolarità della procedura*».

⁶³⁰ Pratica inoltre il controllo della procedura supplementare prevista dal contratto collettivo, lo statuto del personale dell'impresa pubblica o del regolamento interno.

⁶³¹ La mancanza di motivazione della sanzione ne fornisce l'esempio.

⁶³² *Soc.*, 3 avr. 1997, in *Dr. Soc.*, 1997, 690.

per la notifica della sanzione, in cui risiede una garanzia «*de fond*» per il dipendente.

La Corte – preoccupata di trattare le irregolarità formali (come l'inosservanza della legge) – ha considerato che il licenziamento pronunciato in violazione di una disposizione del contratto collettivo o di quelle norme di procedura che impongono la consultazione di un organo chiamato a dare un parere sulla sanzione ipotizzata è «*dépourvu de cause réelle et sérieuse*» fornendo così una "garanzia" per il dipendente⁶³³. Tale interpretazione è talmente consolidata in giurisprudenza, che in materia di licenziamento se ritiene ingiustificato il licenziamento comminato con determinate irregolarità procedurali. Seppur criticato da alcuni commentatori⁶³⁴ tale interpretazione vale per tutte le sanzioni. Le sanzioni diverse dal licenziamento, infatti, sono annullabili in caso di irregolarità procedurale, sebbene le conseguenze per il licenziamento siano particolarmente interessanti dato che un licenziamento viziato nella forma è dichiarato illegittimo e quindi senza *cause réelle et sérieuse*.

Controllo dell'esistenza di un errore

Il Tribunale del lavoro valuta «*si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction*»⁶³⁵ (art. L. 1333-1, al. 1). E precisamente:

a) Questa verifica è in primo luogo volta ad accertare l'esistenza dei fatti dedotti dal datore di lavoro per comminare la sanzione. Il giudice forma il suo convincimento «*au vu de ces éléments et de ceux qui sont fournis par le salarié à*

⁶³³ «*privato di causa reale e seria*»: Soc., 23 mars 1999, in *Dr. soc.*, 1999, 634, obs. J. SAVATIER, Soc., 28 mars 2000, in *Dr. soc.*, 2000, 653, obs. J. SAVATIER; Soc., 11 juill. 2000, in *Dr. soc.* 2000, 1027, obs. C. RADÉ;; Soc., 16 janv. 2001, in *Bull. civ.*, V, 9; Soc., 8 janv. 2002, in *Dr. soc.*, 2002, 466, obs. F. DUQUESNE; Soc., 29 juin 2005, in *Bull. civ.*, V, 221; Soc., 16 nov. 2005, in *RJS*, 3/06, 350; Soc., 11 juill. 2006, in *Bull. civ.*, V, 240.

⁶³⁴ «*Le contrôle judiciaire des licenciements disciplinaires, comme des autres sanctions disciplinaires, doit être centré sur leur justification au fond. Le juge ne doit pas être privé de ce pouvoir d'appréciation du seul fait que la procédure n'a pas été entièrement respectée*» (J. SAVATIER, note in *Dr. soc.*, 1997, 690).

⁶³⁵ «*se i fatti in questione forniti dal dipendente giustificano la pena*».

*l'appui de ses allégations»*⁶³⁶ e dopo ordina, se del caso, le misure di indagine che ritiene utili. Il testo aggiunge che «*si un doute subsiste, il profite au salarié»*⁶³⁷ (art. L 1333-1, par. 3)⁶³⁸.

Se il dipendente - o il rappresentante sindacale che esercita l'azione in suo nome (art. L. 1134-2) - sostiene che la sanzione è discriminatoria ai sensi degli articoli L. 1132-1 e s. ("Principio di non discriminazione"), beneficia di un regime particolare dell'onere della prova: sarà suo onere presentare «*éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte»*⁶³⁹. L'onere si sposta quindi sul datore di lavoro, convenuto, che dovrà "provare" la legittimità della sua decisione di infliggere tali sanzioni «*est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination»* («è giustificato da elementi obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione») - (art. L. 1134-1).

Si pone quindi la questione della legittimità della raccolta delle prove da parte del datore di lavoro, che non deve sfociare in un controllo dei lavoratori. Taluni fatti suscettibili di rilevare delle infrazioni disciplinari, sono infatti mezzi illeciti. Ad esempio, la detenzione di sostanze alcoliche, scoperto dopo l'apertura dell'armadietto personale del dipendente, non può essere invocata dal datore di lavoro se l'apertura è avvenuta in modo illegale⁶⁴⁰.

b) Il giudice ricerca se i fatti imputati al lavoratore meritano la qualifica di «*faute*», o «*faute grave*»⁶⁴¹ e quindi se è stato pronunciato un licenziamento senza preavviso e senza diritto di compensazione. A tale riguardo, le qualifiche

⁶³⁶ «*alla luce di questi fattori e quelli forniti dal dipendente a sostegno delle sue affermazioni*».

⁶³⁷ «*in caso di dubbio, questo è a beneficio del lavoratore*».

⁶³⁸ L'articolo L. 1333-3 esclude tuttavia l'applicazione di dette disposizioni quando la sanzione contestata è un licenziamento, viceversa l'articolo L. 1235-1, (invece applicabile al licenziamento) lo ammette.

⁶³⁹ «*i fatti che suggeriscono l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta*».

⁶⁴⁰ Sulle condizioni di apertura dell'armadietto personale: Soc., 11 déc. 2001, *Dr. soc.*, 2002, 352, obs. J. SAVATIER.

⁶⁴¹ «*colpa*» o «*colpa grave*».

previste dal regolamento interno⁶⁴² non sono vincolanti⁶⁴³. Il giudice infatti non è vincolato dal parere dato circa l'esistenza della *faute* o sulla sua gravità da una disposizione della contrattazione collettiva, statutaria, o del regolamento interno⁶⁴⁴, salvo che tale disposizione subordini tale decisione all'assenso del datore di lavoro⁶⁴⁵.

Controllo della liceità della sanzione

Anche se la *faute* del dipendente è dimostrata, la sanzione disciplinare può essere ingiustificata se il datore di lavoro non poteva pronunciare la sanzione comminata se non a determinate condizioni (la gravità della *faute*, la "recidiva", per fatti precedenti o sanzioni meno gravi per altre *fautes*)⁶⁴⁶.

La sanzione può anche essere illecita in quanto sproporzionata rispetto al fatto commesso (art. L. 1333-2)⁶⁴⁷. Per controllare la liceità della sanzione i giudici tengono conto delle circostanze, dell'anzianità del dipendente in azienda,

⁶⁴² Soc., 2 mai 2000, in *Dr. soc.*, 2000, 787, obs. F. FAVENNEC-HERY («*règlement qualifiant de faute grave le refus d'un changement d'affectation*»). Soc., 7 nov. 2006, in *Dr. soc.*, 2007, 104, obs. J. SAVATIER.

⁶⁴³ Si può anzi affermare che se una disposizione del regolamento interno è considerata illecita la si dovrà disapplicare per concludere che la violazione non costituisce una colpa. Al contrario, si può benissimo avere una *faute* in un'azione o omissione del lavoratore non prevista dal regolamento.

⁶⁴⁴ Soc., 29 févr. 2000, in *Dr. soc.* 2000, 556, obs. J. SAVATIER («*disposition conventionnelle subordonnant le licenciement sans préavis ni indemnité à l'avis conforme d'une commission de discipline sur la qualification de 'faute grave'*»). Soc., 13 juin 2001, in *Dr. soc.*, 2001, 1011, obs. B. GAURIAU («*L'aveu du salarié sur la matérialité des faits qui lui sont reprochés et sur leur nature de faute grave ne prive pas le juge de son pouvoir d'appréciation*»).

⁶⁴⁵ Si può quindi affermare che la Corte di cassazione esercita il suo controllo sull'apprezzamento della *faute grave* effettuato da parte dei giudici di merito.

⁶⁴⁶ Soc., 12 mars 1991, in *Dr. Soc.*, 1992, 227, note J. SAVATIER, Soc., 25 oct. 2005, in *Dr. Soc.*, 2006, 110, obs. J. SAVATIER; Soc., 30 juin 2004, in *Dr. Soc.*, 2004, 1035, obs. J. Savatier («*Si la convention collective n'autorise le licenciement qu'après deux sanctions de moindre gravité, l'annulation des avertissements antérieurs prive ce licenciement de cause réelle et sérieuse*»).

⁶⁴⁷ Soc., 14 nov. 2000, in *Dr. soc.*, 2001, 207, obs. J. SAVATIER («*Les juges du fond doivent évidemment, sous peine de cassation pour défaut de base légale, préciser en quoi la sanction est disproportionnée ou injustifiée*»).

dell'esistenza o assenza di sanzioni disciplinari precedenti. Anche la commissione di un fatto isolato può comunque essere *faute* «*sérieuse*» e giustificare un licenziamento senza che sia necessario che abbia dato luogo ad un avvertimento preliminare.

I giudici non sono vincolati da una clausola del regolamento interno che lega una sanzione determinata ad una *faute* precisa, perché una regola decretata dal datore di lavoro non può compromettere il controllo giudiziale di proporzionalità⁶⁴⁸.

§. a). *La sanzione irregolare*

La sanzione è irregolare in senso lato, se difetta di un vizio procedurale («*en la forme*»⁶⁴⁹, dice il Codice), se non è giustificata (assenza di *faute*, pena vietata o non disponibile) o sproporzionata.

L'annullamento: principi ed eccezioni

Il Tribunale del lavoro può annullare la sanzione irregolarmente inflitta dal datore di lavoro (art. L. 1333-2). L'irregolarità dal punto di vista della procedura comporta dunque, come nel caso della mancanza di giustificazione o sproporzione, la *mise à néant* ovvero il ripristino della situazione anteriore alla sentenza annullata. Secondo la Corte di Cassazione, il potere di annullamento si ha anche in caso di violazione delle disposizioni procedurali collettive, statutarie o del regolamento interno che comporta per i dipendenti «*des garanties supérieures ou des avantages supplémentaires à ceux prévus par la loi*» («*delle garanzie superiori o dei vantaggi supplementari a quelli previsti per legge*»)⁶⁵⁰.

Il Giudice del lavoro ha il potere di annullare la sanzione, ma non di modificarla non può, per esempio, ridurla così come potrebbe pensare di farlo in presenza di una sanzione sproporzionata, in quanto ridurre non sarebbe annullare

⁶⁴⁸ PÉLISSIER, AUZERO, DOCKÉS, *op. cit.*, 569 ss..

⁶⁴⁹ «*di forma*».

⁶⁵⁰ Soc., 7 mai 1996, in *Dr. Soc.*, 1996, 738, obs. A. JEAMMAUD.

parzialmente, ma compiere un atto di esercizio del potere disciplinare che appartiene solo al datore di lavoro⁶⁵¹.

Il giudice può annullare la sanzione, ma non ha l'obbligo di farlo. Anche se le richieste dei dipendenti sono di azzerare il provvedimento, il giudice «*ne fait qu'user de la faculté résultant de l'article L. 1333-2 en décidant qu'il n'y a pas lieu d'annuler la sanction*» («*fa uso del potere derivante dall' (articolo L. 1333-2), per decidere che non vi è alcuna necessità di annullare la sanzione*»), in quanto il licenziamento è affetto solo da un vizio procedurale⁶⁵². Egli potrà pertanto decidere di accordare dei risarcimenti per i danni e pregiudizi subiti dal dipendente⁶⁵³. Naturalmente, si può concedere l'indennità se il dipendente la chiede in via principale rispetto all'annullamento della sanzione, ma il giudice ha la facoltà di assegnarla nello stesso momento in cui annulla la sanzione se il dipendente prova il pregiudizio causatogli dall'irregolarità.

L'articolo 1333-3 sottrae il licenziamento all'annullamento, con la conseguenza che le irregolarità procedurali, o l'assenza di *cause réelle et sérieuse* in un licenziamento disciplinare, portano a condanne di risarcimento ai sensi degli articoli L. 1235-3 e ss.⁶⁵⁴

Vi è quindi da domandarsi se non è forse paradossale che le sanzioni comminate illegalmente possano essere annullate, ad eccezione della più pesante, e cioè quella che esclude il dipendente dal suo lavoro. Tuttavia, per eccezione a tale eccezione, il licenziamento pronunciato per *faute* che si rivela discriminatorio è

⁶⁵¹ Soc., 23 avr. 1986, in *Dr. Soc.*, 1986, 501, note J. SAVATIER. «*Une mise à pied d'une durée excédant le maximum prévu par le règlement intérieur peut toutefois être réduite à cette durée maximale*» (Soc., 27 févr. 1985, D., 1985, IR. 442, obs. Ph. LANGLOIS).

⁶⁵² Soc. 23 mars 1989, in *Dr. Soc.*, 1989, 504, note J. SAVATIER.

⁶⁵³ Soc., 20 oct. 1988, in *Bull. civ.*, V, 534.

⁶⁵⁴ La Corte di cassazione assimila a tale punto la *rupture du contrat à durée déterminée pour faute* (risoluzione del contratto a tempo determinato per colpa). Soc., 12 nov. 2003, in *Dr. Soc.*, 2004, 304, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU; «*En l'absence de notification écrite et motivée, la rupture est abusive*» et donne lieu aux dommages et intérêts de l'art. L. 1243-4» (Soc., 4 juin 2008, n. 07-40.126 P, D., 2008, 1769, obs. L. PERRIN).

nullo ai sensi dell'art L. 1132-4, e ancora, si ha nullità del licenziamento disciplinare per violazione di una libertà fondamentale⁶⁵⁵.

Conseguenze dell'annullamento della sanzione

L'annullamento ripristina il dipendente nei suoi diritti e al reintegro nella sua posizione precedente⁶⁵⁶. Se è agevole imporre ad un datore di lavoro di sopprimere le conseguenze di una sospensione (pagamento della retribuzione dei giorni di sospensione), la reintegrazione di un dipendente solleva difficoltà soprattutto quando la posizione del dipendente è stata assegnata ad un altro. Tali difficoltà non esonerano tuttavia il datore di lavoro dall'offrire al ricorrente una posizione equivalente a quella precedentemente occupata⁶⁵⁷.

Ci si domanda quindi se i datori di lavoro hanno diritto di pronunciare un'altra sanzione dopo che questa è stata annullata dal giudice. Se l'annullamento è stato effettuato sulla base del fatto che il lavoratore non aveva commesso errori, l'autorità della cosa giudicata esclude ogni nuova sanzione. Se per esempio l'annullamento fosse dovuto all'attivazione tardiva di un procedimento disciplinare (violazione dell'articolo L. 1332-4), il datore di lavoro, non potrebbe più avviare una nuova procedura⁶⁵⁸. Diverso è il caso in cui l'annullamento è dovuto ad altri vizi del procedimento o al carattere sproporzionato della sanzione. In tal caso il giudice ha statuito l'esistenza di un errore del dipendente e dove l'annullamento lascia intatta la procedura precedente, il datore di lavoro

⁶⁵⁵ Soc., 13 mars 2001, 2 arrêts, in *Bull. civ.*, V, 87; Soc., 8 nov. 2006, in *RDT*, 2007, 98, obs. J. LEVY-ARNSALLEN. .

⁶⁵⁶ «*Cette remise en état peut être ordonnée sous astreinte, par le juge du fond dans le dispositif de sa décision ou par la formation de référé ultérieurement saisie, qu'il s'agisse de réintégration dans son emploi antérieur du salarié rétrogradé ou de réintégration dans l'entreprise du salarié victime d'un licenciement nul parce que discriminatoire*» (Soc., 17 mars 1999, in *Dr. Soc.*, 1999, 535, obs. M. GREVY).

⁶⁵⁷ Soc., 18 janv. 1995, in *RJS*, 3/95, 232.

⁶⁵⁸ Soc., 18 janv. 1995, in *Dr. Soc.*, 1995, 349, note J. SAVATIER.

può imporre una nuova sanzione, più leggera, a patto di farlo nel mese successivo alla notifica della sentenza⁶⁵⁹.

Sanzioni disciplinari e molestie (*harcèlement moral*)

L'*harcèlement moral* è una forma di violenza insidiosa che si consuma sul luogo di lavoro. Una forma di risposta giudiziaria all'esercizio del potere disciplinare, è apparsa con le disposizioni sulle molestie introdotte nel 2002 (cod. trav., Art. L. 1152-1 e segg.). Infatti, se l'imposizione di sanzioni, anche irregolari, non costituiscono di per sé atti illeciti, le circostanze accertate dal giudice di merito possono convincerlo che l'uso del potere disciplinare è degenerato in molestie ed ha portato ad un peggioramento delle condizioni di lavoro del dipendente⁶⁶⁰, o ancora che l'uso sistematico delle sanzioni per errori minori hanno lo stesso effetto deleterio caratterizzato dall'articolo L. 1152-1. Un datore di lavoro, se supera i limiti dei suoi poteri disciplinari, può quindi esporsi⁶⁶¹ alla condanna penale per il reato dell'articolo 222-33-2 del codice penale⁶⁶².

⁶⁵⁹ Soc., 4 févr. 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, 429, note J. SAVATIER.

⁶⁶⁰ Cass., avis, 21 déc. 2006, in *Dr. soc.*, 2007, 653, obs. J. SAVATIER.

⁶⁶¹ P. ADAM, *Petite balade dans le «contentieux prud'homal» du harcèlement moral*, et B. PY, *Le harcèlement moral et la jurisprudence pénale, Le harcèlement moral dans l'entreprise. Cinq ans après la loi de modernisation sociale* (dir. P. ADAM), in *Sem. soc. Lamy*, Suppl. n. 1315, 9 juill. 2007, 7 et 13.

⁶⁶² PELLISSIER, AUZERO, DOCKES, *op. cit.*, 763 e ss.; P. LOKIEC, *op. cit.*, 242.

CAP. 4 - LA VINCOLATIVITÀ DELLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI RATIFICATE NEL DIRITTO INTERNO (UNA NUOVA FRONTIERA?)

In Francia - a seguito dell'emanazione di una riforma in materia di diritto del lavoro che ha introdotto i cd. *Cne (contrat nouvelles embauches)*⁶⁶³ che prevedeva la non applicazione della normativa dei licenziamenti per i primi due anni di nuove assunzioni - si è sviluppato un dibattito sulla competenza e coerenza del diritto in merito al contratto di nuove assunzioni (*Cne*)⁶⁶⁴.

Accadde infatti che D. de Villepin, primo ministro nel 2005, sollecitò il Parlamento francese a "*favoriser l'embauche dans (les entreprises de taille modeste), par l'institution d'un contrat de travail sans limitation de durée, comportant, pendant une période déterminée, des règles de rupture et un régime indemnitaire spécifique*"⁶⁶⁵; a seguito di questa Legge⁶⁶⁶ è stata emessa un'ordinanza (del 2 agosto del 2005)⁶⁶⁷ inerente ai nuovi contratti di assunzione.

Questa ordinanza prevedeva la creazione di un contratto a tempo indeterminato con forma scritta, la cui originalità derivava, come anzidetto, dalla disciplina

⁶⁶³ Contratto di nuovo impiego.

⁶⁶⁴ Nella prospettiva di quel *Contrat unique d'insertion* che, stando al dibattito sviluppatosi anche in Francia, avrebbe dovuto costituire il punto di forza di una conversione alla propagandata *flexisécurité* di scuola danese, vennero concepiti e tenuti a battesimo due contratti a tempo indeterminato: il *Contrat nouvelles embauches* ed il *Contrat première embauches*, ricalcato sul primo. Due gemelli, coi tratti essenziali comuni, cioè di essere entrambi contratti subordinati a tempo indeterminato, di per sé resi "stabili" dal divieto di procedere a un licenziamento senza addurre il motivo, "*une cause réelle et sérieuse*"; ma mantenuti "precari" per periodi iniziali detti di "*consolidation*", nei quali persisteva l'obbligo del preavviso, ma veniva meno tale divieto, con l'intento precipuo di sterilizzare pro tempore il trattamento procedimentale e sostanziale previsto per il licenziamento individuale.

⁶⁶⁵ a "*favorire l'assunzione (nelle imprese di media dimensione) tramite l'istituzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, comportante, per un periodo a tempo determinato, delle regole di recesso e delle regole di indennizzo specifiche*".

⁶⁶⁶ L. n. 2005-846 du 26 juillet 2005: JO 27 juillet, 12223.

⁶⁶⁷ Ordonnance n. 2005-893 du 2 août 2005: JO 3 août, 12689.

riguardante l'interruzione del rapporto di lavoro nel corso dei primi due anni, fatte salve le garanzie relative al divieto delle discriminazioni, alla protezione delle donne incinte, degli infortuni sul lavoro e delle garanzie dei rappresentanti dei lavoratori⁶⁶⁸.

Un permesso di libera uscita di tale portata avrebbe dovuto agire come un tranquillante per un imprenditore, specie se piccolo, afflitto dal timore di legarsi da subito mani e piedi, con un contratto a tempo indeterminato, da cui gli sarebbe stato difficile uscire senza percorrere fino in fondo quell'autentico calvario costituito dal processo. Il perché è evidente: d'allora in poi avrebbe avuto a disposizione un sostanzioso *tempus deliberandi* che gli sarebbe stato così concesso per verificare la concreta idoneità del lavoratore assunto, facendolo operare da periodo di prova più lungo di quello altrimenti consentito; ma anche e soprattutto per accertare la reale necessità di un organico così accresciuto, facendolo funzionare da test del corretto dimensionamento aziendale rispetto al mercato, condotto sul medio periodo.

La lezione dei fatti è stata tuttavia amara: scarsa o nessuna fortuna in patria, se pur molta risonanza oltre confine. Vita breve per il *Cne*, consumatasi in meno di un triennio, dall'agosto 2005 al giugno 2008. La magistratura, condannò il *Cne*, come fu, ad un'agonia lenta, da una controllata giurisprudenza attestata a difesa della dote garantista lasciatale in eredità, fino a giudicare la legge nazionale illegittima per palese contrarietà a quella internazionale.

Ad inchiostro ancor fresco dell'atto di nascita del *Cne*, l'intero universo del sindacalismo francese si ritrovò compatto nel far ricorso al Consiglio di Stato⁶⁶⁹, per essere il periodo di *consolidation* troppo lungo con riguardo all'esonero dal licenziamento motivato, sì da risultare illegittimo ai sensi dell'art. 24 della Carta

⁶⁶⁸ Il congelamento iniziale dell'obbligo di motivare il licenziamento con "*une cause réelle et sérieuse*" si estendeva inevitabilmente al regime protettivo costruitogli intorno nell'arco di un cinquantennio, fermo restando il diritto del lavoratore a far valere in giudizio un presunto *abus de droit*.

⁶⁶⁹ Organo di controllo del Governo è il Consiglio di Stato che giudica sul suo operato.

sociale europea e della Convenzione OIT n. 158⁶⁷⁰ del 1982⁶⁷¹. Questo primo round segnò un punto a favore del *Cne*⁶⁷², ma tutto lo svolgimento successivo del confronto giudiziario gli suonò contro, con un indirizzo consolidatosi nel senso di un suo contrasto con la Convenzione OIT.

Successivamente, infatti, il provvedimento del governo diventò legge e, se prima la conformità normativa venne giudicata dal Consiglio di Stato che non l'aveva considerato né incostituzionale né contraria alla Convenzione n. 158, successivamente la competenza a giudicare passava alla Corte di cassazione. Successe così che alle decisioni negative prese da vari *conseils de prud'hommes* nel 2006 seguivano le pronunce conformi rese dalle Corti di appello di Bordeaux e di Parigi nel 2007, anno della sua bocciatura da parte della stessa OIT⁶⁷³ ed infine la dichiarazione di *inconventionallité* da parte della stessa Corte di cassazione, per la quale tale disciplina non era ammissibile perché contraria alla Convenzione n. 158 dell'OIT sul licenziamento. Di pensiero contrario era invece il Consiglio di Stato francese, il quale non la considerava né incostituzionale né contraria alla Convenzione n. 158. Da qui, il crearsi di una grave contraddizione giurisprudenziale⁶⁷⁴.

Superfluo dire che tale ordinanza portò alla nascita di un importante dibattito⁶⁷⁵.

Ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione n. 158, nei primi due anni del *Contrat nouvelles embauches* erano applicabili le pretese relative alla procedura

⁶⁷⁰ F. GUIOMARD, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Un. Paris X, 12 e ss..

⁶⁷¹ NDR. La Convenzione è stata ratificata dalla Francia (non invece dall'Italia).

⁶⁷² Il Consiglio di Stato dichiara la legalità del *Cne*. Décis 2005-521 DC: JO 27 juillet 1222.

⁶⁷³ FRANCO CARINCI, "*Provaci ancora, Sam*": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 138/2012.

⁶⁷⁴ P. LARDY, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, in *LGDJ*, 1966; v. più recentemente G. BACHELLIER, *La norme internationale et le droit interne devant le juge administratif: où en sommes nous?*, in *Rev.crit DIP*, 2000, 1.

⁶⁷⁵ X. PRETOT, *Le régime du contrat nouvelles embauches et la convention n. 158 de l'OIT*, in *RJS*, 1/07, 5.

preliminare del licenziamento, le pretese di una *causa reale e seria* e le pretese relative alla sua enunciazione e al suo controllo. Queste disposizioni erano confermate dagli artt. 4, 7 e 9 della Convenzione n. 158 che prevedono un motivo valido di licenziamento ed una procedura preliminare che offre al lavoratore la possibilità di difendersi e che non lo lascino da solo con l'onere di provare l'ingiustizia del suo licenziamento⁶⁷⁶.

Di fatto veniva a porsi il problema della vincolatività nell'ordinamento interno delle convenzioni internazionali ratificate⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ J. DUPLAT, *Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail*, in *RDT*, 2008, 504; P. RODIERE, *Le contrat "nouvelles embauches" et les principes*, in *Sem. soc. Lamy*, jan. 2006, 1243-5; F. FANNEC-HERY, *Le CNE est-il conforme à la convention n. 158?*, in *Sem. soc. Lamy*, juin 2006, 1265, 6.

⁶⁷⁷ La Carta Sociale Europea, sottoscritta nel 1961 (Entrata in vigore nel 1965, è stata ad oggi sottoscritta da 32 paesi, dei quali 24 hanno provveduto a ratifica; tra i paesi ratificanti vi sono tutti i 15 paesi appartenenti all'Unione Europea), si compone di una prima parte dichiarativa di diritti e di principi e di una seconda parte che individua gli obblighi in capo agli Stati per la loro realizzazione; pur enumerando una pluralità di *social rights*, alcuni dei quali di notevole importanza all'interno del rapporto individuale di lavoro, non presta alcuna attenzione all'istituto del licenziamento individuale, se non nei limiti dell'articolo 4 (*rights to a fair remuneration*) che impone agli Stati di "riconoscere a tutti i lavoratori il diritto ad un ragionevole periodo di preavviso" e l'articolo 8 (*rights of employed women to protection*), che vieta di intimare il recesso durante l'assenza per maternità o in un momento tale da far spirare il preavviso nel corso di tale periodo. Successivamente, nel 1996, la Carta Sociale Europea viene revisionata e, per il tema trattato, un forte impatto ha avuto l'articolo 24, poiché rappresenta l'unica norma, oltre a quelle della Convenzione n. 158 e della Raccomandazione n. 166 dell'OIL, che sancisce a livello internazionale la necessità che il recesso datoriale sia sorretto da una valida giustificazione. L'articolo 24 enuncia tre principi: causalità del licenziamento, congruo indennizzo in caso di invalida estinzione del rapporto, diritto del lavoratore ad impugnare il provvedimento davanti ad un organo imparziale; questi principi, cui si accompagnano le disposizioni che la Carta revisionata ha tratto dall'originaria versione del 1961 e dal Protocollo del 1988, non delineano un modello organico e dettagliato della disciplina del licenziamento quale quello della Convenzione OIL del 1982, ma introducono comunque, per la generalità dei lavoratori, una tutela "forte", che non si limita a rafforzare con il divieto di recesso la protezione di altri diritti fondamentali del lavoratore, ma eleva il principio della giustificatezza del licenziamento ad autonomo *social right* che gli Stati ratificanti si obbligano a rispettare (v. S. TOZZOLI, in *I licenziamenti individuali*, in *Quaderni del diritto del lavoro e relazioni industriali*, Torino, UTET, 2002, 188). Specificatamente, questo articolo ribadisce il principio per cui qualsiasi licenziamento deve fondarsi su una valida ragione ("*valid reason*") legata o all'incapacità e al comportamento del lavoratore, o ad esigenze organizzative dell'azienda ("*operational requirements*"); detta ragione deve essere specificata in una fonte vincolante per l'ordinamento interno e deve essere sempre comunicata al lavoratore in modo che questi possa valutarne la fondatezza ed, eventualmente, contestarla davanti ad un'autorità terza ed

Nato per render certo un licenziamento effettuato nel periodo di *consolidation*, esonerandolo dall'obbligo di dover offrire un motivo sindacabile dal giudice, il *Cne* veniva spogliato del suo carattere di contratto a tempo indeterminato peculiare e ricondotto nell'alveo di quello normale; tant'è che la stessa CGPME (l'associazione dei piccoli imprenditori), aveva finito per suggerire ai suoi aderenti di accompagnare un eventuale licenziamento col suo bel motivo. Nient'altro che una conferma della relativa impotenza della legge a fronte di una giurisprudenza, che ben può forzarne l'interpretazione o addirittura paralizzarne l'applicazione, oggi come non mai, data la moltiplicazione delle fonti cui far riferimento – interne, comunitarie e internazionali – caratterizzate

imparziale. L'assenza di una valida ragione deve dare al lavoratore diritto a un adeguato compenso o ad una "tutela appropriata". Tuttavia, non si tratta di un obbligo ineludibile; la parte III della Carta, all'art. A, individua un "*nocciolo*" minimo di diritti cui gli Stati si devono vincolare a dare attuazione con la ratifica: tra essi figura l'articolo 20, che vieta il licenziamento discriminatorio basato sul sesso, ma non l'art. 24. Tra gli undici paesi che hanno sinora ratificato la Carta Revisionata (tra di essi è presente l'Italia, che ha autorizzato la ratifica con Legge del 9 febbraio 1999, n. 30), tre si sono avvalsi della facoltà di escludere l'art. 24 (Danimarca, Romania e Svezia), si pensi, inoltre, che tra gli Stati che non si sono impegnati a recepire la Carta nell'ordinamento interno, ve ne sono alcuni (Belgio, la Svizzera e l'Inghilterra) le cui legislazioni non richiedono la presenza di una giustificazione per il licenziamento. Un primo tipo di norme in tema di licenziamento è rappresentato dal divieto di recesso posto a tutela di principi chiave per il funzionamento del mercato comune; in particolare, l'art. 39 del Trattato CE nello statuire, al co. 1, la libertà di circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità Europea dispone, al co. 2, che "*essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra gli Stati, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro*"; tra di essi rientra la disciplina, legislativa e contrattuale, del licenziamento. Per effetto di tali disposizioni risulterà, non solo vietato il licenziamento discriminatorio fondato sulla nazionalità, ma, più in generale, ogni diversità di trattamento in tale ambito tra cittadini e lavoratori comunitari. Dall'analisi condotta fin ora, ciò che risulta è che l'attenzione delle fonti internazionali al tema del licenziamento individuale, si concentra, nella maggior parte dei casi, sul profilo del divieto di recesso per ragioni discriminatorie (essenzialmente fondate sul sesso o sulla attività sindacale). La novità più rilevante sul piano delle fonti dell'Unione Europea è rappresentata dall'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali, resa fonte giuridicamente rilevante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, da cui ne consegue che il principio enunciato in tale norma, per cui "*ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*" costituisce, oggi, parte integrante del diritto dell'UE; essa appare generica nella sua formulazione, limitandosi a dettare il principio per cui ogni licenziamento va giustificato, senza fornire alcuna indicazione circa le ragioni legittimamente adducibili e circa le sanzioni da applicare quando queste manchino. Infine, nell'appendice della Carta Sociale, ad ulteriore specificazione della norma 24, vengono elencate una serie di ragioni che non possono mai giustificare un licenziamento: svolgimento di un'attività sindacale, congedi per motivi familiari, ragioni discriminatorie, malattia, rivendicazioni di diritti nei confronti del datore di lavoro.

da un crescendo di generalità e genericità e da un confuso rapporto di gerarchia. Tant'è che pur risultando positivo il bilancio, almeno a stare a quanto dichiarato dal Governo, per cui solo otto mesi dopo il varo sarebbero stati sottoscritti 350.000 *Cne*, nonostante questo, lo sbocco finale era inevitabile, cioè di una cancellazione, fatta sotto la copertura di una più complessiva riforma, ma pur sempre con la beffa di una conversione dei *Cne* esistenti in un normale contratto individuale.

Col ritardo proprio di un epitaffio, a qualche giorno dal decesso del *Cne*, avvenuto per abrogazione il 28 giugno 2008, il 1 luglio la Corte di Cassazione confermava la pronuncia della Corte di appello di Parigi, dichiarandolo non rispettoso della Convenzione Oil n. 158, in quanto sottratto alla disciplina protettiva prevista per un *Cdi*⁶⁷⁸, e cioè all'attivazione di una procedura preventiva ed alla prova dell'esistenza di "*une cause réelle et sérieuse*", debitamente comunicata e puntualmente soggetta a verifica giudiziale. Una condanna per il passato che suona come diffida per il futuro, se ed in quanto tornasse a qualcuno la voglia di riesumare un qualcosa di simile; ma che anche rappresenta, fa notare F. Carinci, una lezione esportabile al di fuori dei confini della Francia: di una *flexsecurity*, che, ognuno sa dov'è, nella *felix* Danimarca, posta lassù a guardia del mar Baltico, ma nessuno è in grado di farla fiorire *chez lui*, qui giù sulla riva del Mediterraneo, senza cambiar il clima del suo paese, quello stesso che fino a ieri ne aveva costituito un vanto⁶⁷⁹.

Afferma il Professor Lyon-Caen⁶⁸⁰: "*le Cne a, en fin de compte, été une belle occasion de raviver une réflexion et d'inciter à de nouveaux efforts de systématisation*" ("*è stato, in fin dei conti, una bella occasione per ravvivare una riflessione ed incitare a nuovi sforzi di sistematizzazione*")⁶⁸¹. Parallelamente alla

⁶⁷⁸ CDI - CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE (CONTRATTO A DURATA INDETERMINATA).

⁶⁷⁹ FRANCO CARINCI, "*Provaci ancora, Sam*": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 138/2012.

⁶⁸⁰ ANTOINE LYON-CAEN, *Dispersion des compétences et cohérence du droit: les leçons du CNE (Contrat nouvelles embauches)*, in *Le Conseil d'Etat et le droit social*, Paris, 2011.

⁶⁸¹.

distinzione tra convenzionalità e legalità, la Francia si è interrogata, per decenni, sulla differenza (tuttora intrigante) tra *convenzionalità* e *costituzionalità*: ci si chiede quindi se, il controllo di convenzionalità sia anche un controllo di applicabilità e di validità? Il dibattito in merito è ancora aperto⁶⁸².

È tuttavia importante che i dibattiti cui ha dato luogo il *Cne* non si perdano nell'oblio⁶⁸³, poiché il loro valore sta nella possibilità di poter alimentare nuovi dibattiti e studi in ambito giurisprudenziale; il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione - secondo Lyon-Caen sebbene abbiano emesso decisioni opposte tra loro - non hanno manifestato una diversa sensibilità: la cosa importante è che il *Cne* abbia dato vita ad un movimento di pensiero internazionale, in quanto ha invitato tutti gli Stati (non solo Europei) a vegliare su ciò che viene chiamata "*attractivité économique*", che è in stretta relazione, in una visione prospettica, con la "*déréglementation compétitive*", cioè una revisione del sistema giuridico proprio di ogni Stato, per accrescere e preservare la competitività interna della propria economia.

⁶⁸² In Francia in merito si parla di "*conflit négatif de compétence*" ("*conflitto negativo di competenza*") tra il Consiglio di Stato e la Corte Costituzionale, ciò ha portato alla creazione, da parte della Corte di Cassazione, ad un controllo di convenzionalità della Legge indistinguibile da altri controlli. Si veda anche X.PRETOT, *op. cit.*, in *RJS*, 1/07, 5.

⁶⁸³ In merito ai due diversi orientamenti avuti dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato il *Prof. Lyon Caen* ritiene che per superare il contenzioso, le critiche e i dibattiti che hanno accompagnato la Convenzione n. 158, dovrebbero avere come parola chiave la "*raisonnabilité*", ragionevolezza, e le relative valorizzazioni, in quanto "*le contrat nouvelles embauches est un contrat à durée indéterminée, la période de deux ans pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement et aux motifs pouvant le justifier peut-être regardée comme raisonnable...*" ("*il contratto di nuove assunzioni è un contratto a tempo indeterminato, il periodo di due anni, durante il quale è scartata l'applicazione della disposizioni di diritto comune relative alle procedure di licenziamento e ai motivi che possono giustificarlo, può essere guardato come ragionevole*"; secondo l'autore, la "*raisonnabilité*" appartiene maggiormente ad un ordine di giustizia che attiene ai mezzi utilizzati, piuttosto che ai fini perseguiti ed è maggiormente ancorata all'esperienza. L'esperienza richiede di essere comparata con altri elementi dello stesso sistema giuridico, ovvero con ciò che può farne emergere la coerenza, piuttosto che con elementi di diritto straniero; ma sembrerebbe che la Corte di Cassazione si sia espressa senza valorizzare, in alcun modo, la "*raisonnabilité*" (V. B. GÉNIAUX, *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009).

Ogni Stato è responsabile verso gli altri Stati - ha ricordato L'OIT - al mantenimento delle norme sociali che assicurano la dignità ed il benessere del lavoratore; ne consegue che gli Stati che cedono all'invito di ridurre le protezioni della propria popolazione di lavoratori, manifestano ciò che viene chiamato un "*opportuniste normatif*"⁶⁸⁴ che, secondo *Lyon-Caen* è da inquadrarsi come un problema molto preoccupante, in quanto è in gioco "*la consolidation ou la fragilisation des règles générales sur le licenciement*"⁶⁸⁵.

Ai giuristi di ogni Stato il dovere di svolgere un lavoro di controllo, laddove i Governi e i Parlamenti non onorino l'invito alla prudenza in tema di deregolamentazione⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ L. DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, PUAM, 2003.

⁶⁸⁵ cioè «*il consolidamento o il rendere fragile delle regole generali sul licenziamento*». Si veda J. M. BERAUD, *Rapport sous Soc 1 Juillet 2008*, in *RJS*, 10/08, 776. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, Paris, 2011.

⁶⁸⁶ L. DUBIN, *op. cit.*, PUAM, 2003; A. LYON-CAEN et A. PERULLI (dir), *Liberallizzazione degli scambi, integrazione dei mercati et diritto del lavoro*, Milano, Cedam, 2005; M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, coll., droit ouvert, 2006; E. PATAUT, *Concurrence internationale des systèmes juridiques et droit social: quelles méthodes?* dans A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, 19.

CONCLUSIONI

La questione del controllo giudiziale del licenziamento è strettamente dipendente da scelte di politica legislativa, che non può non tenere conto che il sistema lavoristico è ispirato da un generale *favor praestatoris* e che, laddove il legislatore ha voluto, ha predisposto specifiche tutele di carattere previdenziale⁶⁸⁷ e assistenziale⁶⁸⁸ in favore del lavoratore.

La domanda da porsi è quindi sull'opportunità di tutelare o meno la stabilità del rapporto⁶⁸⁹. Non manca tuttavia chi⁶⁹⁰ osservando l'odierna tendenza alla delegolamentazione mette in guardia gli studiosi del diritto del lavoro, facendo loro notare come in questo preciso momento storico si sia ad un crocevia tra consolidazione e fragilizzazione dei diritti, mettendo in guardia tutti i giuristi a salvaguardare i diritti acquisiti. Come a dire, in altre parole, che è necessario continuare a porre la persona al centro dell'economia e del lavoro, nonostante il contesto economico odierno ove regna l'economia e la finanza con le loro ristrutturazioni ed esternalizzazioni aziendali.

A tal proposito fa notare Bauman⁶⁹¹ come ristrutturare 'significati ottenere di più con meno'. Il termine stesso di 'ristrutturazione' è diventato oggi sinonimo di maggiore efficienza sebbene nasconda in realtà un'operazione più spietata compiuta attraverso una rottura decisiva col passato. La riduzione del personale promette risparmi immediati ed 'i vantaggi a breve termine per gli azionisti

⁶⁸⁷ In particolare secondo FIGURATI, *Osservazioni sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità del lavoratore*, nota a Cass., 10 novembre 1995, n. 11700, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 247, sarebbe scorretto affermare la sussistenza di un onere di *repêchage* datoriale poiché il legislatore ha predisposto una tutela in sede previdenziale universalmente valida, cui ha poi aggiunto, ove lo ha ritenuto necessario, un'ulteriore protezione introducendo per tali casi anche l'onere di ripescaggio qui in discussione (es. invalidi civili, vedi l. 482/1968 come modificata dalla l. n. 68/1999).

⁶⁸⁸ Cfr. RONDO, *Licenziamento per impossibilità sopravvenuta, errore incolpevole del datore di lavoro e risarcimento dei danni ex art. 18 Stat. lav.*, nota a Corte Cost., 23 dicembre 1998, n. 420 e a Cass., 21 settembre 1998, n. 9464, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 137.

⁶⁸⁹ Così PERA, *Colloquio con Pietro Ichino*, in *Riv. it. dir. lav.*, 180.

⁶⁹⁰ LYON-CAEN, *op. cit.*, Paris, 2011.

⁶⁹¹ Z. Bauman, *op. cit.*, Troina (En), 2007, 135.

forniscono un forte incentivo alle potenze del caso che si celano dietro questo mondo in apparenza rassicurante. Tali fenomeni hanno notevoli impatti sulle vite delle persone, in quanto parti di un ordine sociale. Osserva sempre Bauman che il risultato di tale dinamica è *che 'aziende del tutto sane vengono distrutte e abbandonate, dipendenti capaci vengono cacciati via anziché premiati, semplicemente perché l'organizzazione deve dimostrare al mercato che è capace di rinnovarsi'*. Sul piano umano tali 'ridimensionamenti' si traducono semplicemente in maggiori esuberi, che costituiscono i 'rifiuti' principali delle 'ristrutturazioni'.

In passato tuttavia esisteva uno stato sociale, ovvero qualcuno che prometteva di dare certezza e sicurezza ad esistenze che altrimenti sarebbero rimaste preda del caos e dei capricci della fortuna. Chi veniva colpito dalla sventura, poteva trovare insomma qualcuno pronto a tendergli la mano e ad aiutarlo a risollevarsi. Oggi invece lo Stato contemporaneo non può più mantenere la promessa del *Welfare State* ed i suoi esponenti governanti non hanno più interesse a riproporla. Le loro politiche preannunziano al contrario una vita più precaria e carica di rischi, che esige molta capacità di destreggiarsi mentre rende la pianificazione a lungo termine, per non parlare di progetti per un'intera vita, quasi impossibile. I loro elettori vengono esortati ad essere 'più flessibili' ed a cercare di risolvere individualmente i problemi prodotti dalla società⁶⁹².

Ciò che si avverte sempre più è quindi la necessità di difendere il lavoro, che – come afferma l'economista Bruni - significa «riaffermare il principio personalista», ribadire cioè che «al cuore di ogni sistema economico restano comunque le persone e il lavoro». Anche nel frangente in cui «la tecnologia diventa pervasiva e il capitale sempre più immateriale», tanto da sancire il dominio della tecno-finanza sull'economia reale. Se le difficoltà sono legate a una *crisi temporanea*, un'azienda non dovrebbe rispondere con la chiusura. Licenziare è il modo più semplice per ridurre i costi, ma non è l'unico e soprattutto non è etico. Perché se fino all'anno prima quell'azienda ha realizzato

⁶⁹² Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2005, 152.

dei profitti e magari distribuito dividendi, lo ha fatto grazie al lavoro dei suoi dipendenti. Non grazie alle macchine o alla finanza, ma al lavoro. Per questo, in una fase in cui accusa un passivo, un'impresa non può rimediare scaricando i lavoratori. Fare ciò significa privatizzare gli utili e socializzare le perdite e la nostra Corte di cassazione ha più volte ricordato questi principi. L'azienda deve perciò accollarsi quel costo del lavoro, temporaneamente improduttivo, ma che le ha fatto guadagnare fino a ieri e la farà guadagnare di nuovo domani. Certamente *se la crisi è strutturale*, come nel caso di un'azienda che produce macchine da scrivere quando le persone usano i computer, non ha molte alternative. E sarebbe ingiusto scaricare tutte le responsabilità all'azienda chiedendole di restare per lungo tempo in perdita, perché distruggerebbe ricchezza e quindi lavoro.

Oggi sembra tornare di attualità la distinzione tra la via di un capitalismo temperato, come quello che trova espressione nella formula dell'economia sociale di mercato consacrata nella Costituzione tedesca e parzialmente accolta nella Carta Europea, e la via di quel capitalismo americano che sembrava essere diventato il codice unico e irresistibile della globalizzazione. La questione è, per così dire, meta-economica. Nel senso che non è necessario entrare nello specifico dei conti economici, delle strategie industriali che attengono alla responsabilità di chi guida le imprese (come di chi governa un territorio). Le aziende devono potersi ristrutturare, guai a pensare che le crisi si risolvano congelando tutto. Ma proprio in virtù di questa stessa responsabilità imprenditoriale e manageriale, ciò che oggi dopo la grande crisi si avverte come esigenza imprescindibile è una diversa interpretazione dell'impresa. Non più un insieme di capannoni sparsi là dove il terreno costa meno (o più alte sono le agevolazioni pubbliche) nei quali si opera un mero scambio tra lavoro e capitale, fintanto che questo porta profitto. Piuttosto un'«intrapresa» come comunità di uomini e donne, radicata in un territorio, per creare sviluppo e benessere a favore dei singoli e della comunità stessa. Se questo è il modello di nuovo capitalismo che vogliamo costruire senza venir meno ai meccanismi di mercato, alla libera iniziativa, la responsabilità personale e d'impresa diviene il perno centrale dell'agire. A cominciare dal farsi carico del futuro di chi vi ha lavorato,

di coloro che hanno contribuito allo sviluppo dell'impresa, di territori cresciuti insieme e a volte per quell'impresa⁶⁹³.

L'Europa cristiana premoderna - fa notare Bauman - è riuscita molto più di quella contemporanea, ad assegnare ai poveri un ruolo importante. Questi ultimi erano considerati, al pari di tutti gli altri uomini, figli di Dio, anello indispensabile della 'catena degli esseri', parte della creazione, come il resto del mondo, ricco di significato e di scopo, prima della sua desacralizzazione o del suo 'disincanto' in epoca successiva. L'esistenza dei poveri era dunque un dono di Dio a tutti gli esseri umani: un'occasione per auto sacrificarsi, condurre una vita virtuosa, pentirsi dei peccati e conquistarsi un posto in paradiso. Potremmo quasi dire che, se non ci fossero stati i poveri, una società che cercava il significato della vita terrena nell'al di là avrebbe dovuto inventarsi un altro mezzo di salvezza personale⁶⁹⁴.

Oggi le sofferenze dei poveri non costituiscono più un problema collettivo. Ogni consumatore inadeguato si lecca le ferite in solitudine o, nella migliore delle ipotesi, in compagnia della propria famiglia non ancora spezzata. È una persona sola e, quando è lasciato a se stesso per troppo tempo, diventa un solitario.

L'economia attuale non ha più bisogno di una massiccia quantità di forza lavoro, avendo imparato come accrescere non solo i profitti, ma anche il volume di produzione riducendo contemporaneamente il lavoro ed i suoi costi⁶⁹⁵. Il lavoro (quello dell'economia reale per intenderci) dovrebbe tuttavia essere

⁶⁹³ Intervista di Marco Girardo a Luigino Bruni, *contro la crisi, imprese più responsabili*, il Sole 24 ore, 2 Febbraio 2010.

⁶⁹⁴ Alain Finkielkraut ci ricorda cosa può accadere quando si soffoca ogni scrupolo di coscienza, non si riesce più a immedesimarsi nella condizione degli altri e si abbatte ogni barriera morale: la violenza nazista doveva essere compiuta non per il gusto di compierla, ma per dovere; non per sadismo, ma per virtù; non per piacere, ma per metodo; non nello scatenamento delle pulsioni selvagge, ma in nome di scrupoli superiori, con competenza professionale e pensando costantemente all'opera da eseguire, A. FINKIELKRAUT, *L'umanità perduta. Saggio sul XX secolo*, Editoriale Atlantide, Roma, 1997, 75.

⁶⁹⁵ Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2007, 162 e ss..

considerato un bene comune⁶⁹⁶, inteso come *know how* di maestranze radicate su un territorio, i quali a loro volta sono per questo arricchiti in termini di conoscenza, opportunità di lavoro e sviluppo economico⁶⁹⁷.

Ciò a cui, invece, si assiste oggi è un legislatore preoccupato di arginare l'attività dei giudici e limitarne il potere di controllo. Chiaro esempio è il collegato lavoro che prevede espressamente che il giudice debba 'tener conto' della tipizzazione dei contratti, quasi che i magistrati e l'esercizio del loro potere di controllo siano la causa del negativo andamento dell'economia. Le leggi ed i codici disciplinari aziendali tuttavia non possono prevedere tutti i casi di infrazioni possibili per quel particolare tipo di azienda. La norma in genere è infatti volutamente indeterminata, poichè nella realtà i beni del lavoratore possono essere lesi in una varietà di modi difficilmente tipizzabili a priori in un testo di legge. È quindi ovvia la necessità di un potere giudiziario deputato come è all'interpretazione della norma ed al controllo dei comportamenti delle parti del contratto. In particolare la tipizzazione dei contratti collettivi non è neppure così invasiva

⁶⁹⁶ Cassazione civile, sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665: «*Dalla applicazione diretta degli art. 2, 9 e 42 cost. si ricava il principio della tutela della personalità umana e del suo corretto svolgimento, nell'ambito dello Stato sociale, anche in relazione al "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività e che - per tale loro destinazione alla realizzazione dello Stato sociale - devono ritenersi "comuni", prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività. (Principio enunciato a proposito delle c.d. valli da pesca della laguna di Venezia)*».

⁶⁹⁷ Rispettare una normativa maggiormente tutelante del lavoro giova all'economia ed al mercato. Il Prof. Perulli riportando studi dell'OIL su Cambogia e Bangladesh, paesi che hanno seguito due modelli di sviluppi antitetici, uno di rispetto degli standard normativi (Bangladesh) ed uno favorevole al minor costo iniziale ed al non rispetto di standard normativi (Cambogia) ha fatto notare come da tale sperimentazione sia stato riconosciuto che norme di lavoro non eque sono di ostacolo al commercio internazionale, mentre laddove queste sono state previste e rispettate, i costi sono compensati dai vantaggi creati (es. maggiore produttività). Si può quindi affermare che il rispetto dei diritti umani sono pre condizione per lo sviluppo economico. Del resto lo stesso art. 21 del Trattato U.E. afferma che l'Unione si basa sui principi che l'hanno fatta fondare, ovvero il principio di eguaglianza e di solidarietà (A. PERULLI, lezione di dottorato del 14 marzo 2011, *Diritto del lavoro e globalizzazione: profili introduttivi*, Cà Foscari, Venezia).

dettando, in genere, solo dei requisiti di gravità ed in ogni caso se di vincolatività dei contratti collettivi si può parlare, questa riguarda semmai le sanzioni conservative e non certo i licenziamenti.

La legge delega quindi ai giudici di controllare la validità dei licenziamenti. La portata di questi controlli rimane tuttavia indeterminata. I giudici - sia francesi e sia italiani - completano la nozione di licenziamento ed, in un certo senso valutano le scelte di gestione effettuate dall'imprenditore, la cui determinazione è del resto necessaria⁶⁹⁸.

A tal proposito Alexy, nella teoria dell'argomentazione giuridica⁶⁹⁹, ricorda, nella prefazione, che la prima sezione della Corte Costituzionale federale ha disposto, in una sentenza del 14 gennaio 1973, che la decisione del giudice debba fondarsi su una "argomentazione razionale". Dalla possibilità di produrre una argomentazione giuridica razionale dipende, secondo l'Autore, «non soltanto il carattere scientifico della giurisprudenza, ma anche la legittimità delle decisioni giudiziali». Siamo quindi al cuore del problema. Afferma infatti Alexy che non è pensabile, che prescrizioni legislative, di opinabile validità, possano impedire che l'interprete, nella sua creatività, superi i "limiti dell'arbitrio"⁷⁰⁰, ma che, invece, in un controllo diffuso - partendo dagli spunti innovativi contenuti negli apporti della dottrina - si snodi in un confronto dialettico tra gli attori del processo: avvocati e giudici.

Ricordava, una decina di anni fa, Galgano: «*Avremmo mai avuto le tante sentenze sulla buona fede contrattuale se gli avvocati non l'avessero invocata in causa*»⁷⁰¹. E ancora Mengoni nel suo saggio sull'interpretazione e nuova dogmatica afferma: «*La decisione è giustificata quando sia traducibile in termini dogmatici*

⁶⁹⁸ R. DALMASSO, *op. cit.*, 328.

⁶⁹⁹ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁷⁰⁰ Sul tema si veda G. ALPA, *Interpretare il diritto. Dal realismo alle regole deontologiche*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998, 23.

⁷⁰¹ F. GALGANO, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 3.

che la rendano comprensibile come deduzione da un concetto o da un principio sistematico, garantendone la coerenza con la razionalità globale dell'ordinamento e quindi l'idoneità a stabilizzarsi come modello di decisione di altri aventi la medesima struttura tipica. Dal punto di vista della dottrina di base la dogmatica giuridica assume la funzione di assicurare una recezione controllata delle valutazioni sociali nell'ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche. In questa funzione essa è un accumulatore di informazioni, sotto forma di concetti ordinatori o di principi, relative a casi già decisi, così che l'accordo intersoggettivo, che fonda l'oggettività della decisione del nuovo caso, è da esso reso possibile attraverso la prassi»⁷⁰².

La crisi del mondo occidentale - osserva Bauman - 'consiste precisamente nel fatto che ha cessato di mettersi in discussione'. Eppure proprio questa tendenza a riesaminarsi è stata il segreto del suo straordinario progresso, senza precedenti, e del successo altrettanto stupefacente del suo tentativo di porsi traguardi sempre più ambiziosi. Rimettersi in discussione è possibile, ma oggi questo non si fa più. Tendiamo a dimenticare che 'trattare una persona come un oggetto o un sistema puramente meccanico non è meno bensì più immaginario che pretendere di vederla come un gufo. E quando non teniamo presente questo, cessiamo di porci quelle questioni grazie alle quali la società moderna è diventata la più innovativa e dinamica di tutte le altre. Per esempio, si dice spesso che 'tutto è subordinato all'efficacia - ma per chi, in vista di che cosa e per quale scopo? La crescita economica è stata realizzata: ma per che cosa, per chi, a quali costi, e per arrivare dove?'⁷⁰³.

⁷⁰² L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 67.

⁷⁰³ Z. BAUMAN, *op.cit.*, Troina (En), 2007, 175.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ADAM P., *Petite balade dans le «contentieux prud'homal» du harcèlement moral*, et B. PY, *Le harcèlement moral et la jurisprudence pénale, Le harcèlement moral dans l'entreprise. Cinq ans après la loi de modernisation sociale* (dir. P. ADAM), in *Sem. soc. Lamy*, Suppl. n. 1315, 9 juill. 2007, 7.

AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bolatti Boringhieri, Torino, 2003, 110.

AIMO M., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 2003, 12.

ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

ALLEVA P. G., *La disciplina dei licenziamenti, dopo le leggi 108/90 e 223/91*, a cura di F. Carinci, Jovene, Napoli, 1991, I, 15.

ALPA G., *Interpretare il diritto. Dal realismo alle regole deontologiche*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998, 23.

AMORE, DE LA FOREST, DE TOMMASO, PIERI, PRANZETTI, RICCI, SAFFIRIO, *Manuale di casistica dei diritto del lavoro privato subordinato*, diretto da Mario Longo, Un. Tipografico, Torino.

ANDREONI A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico: (i percorsi costituzionali)*, Torino, Giappichelli, 2006, 144.

ANDREONI A., *Razionalità e proporzionalità nei licenziamenti 'oggettivi'*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 87.

ARANGUEREN A., *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1981, 3.

ARDAU G., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1972, II, 1302.

ARISTOTELE, *Ethique à nicomaque*, Paris, 1990, 34.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 1960, 13.

ASCARELLI, *Certezza e autonomia del diritto nella realtà giuridica: relazione e replica a convegno degli amici del diritto dell'economia, Torino 20-21 ottobre 1956*, 1957, 26.

- ASSANTI C.**, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, 32.
- BACHELLIER G.**, *La norme internationale et le droit interne devant le juge administratif: où en sommes nous?*, in *Rev.crit DIP*, 2000, 1.
- BALLESTRERO M. V.**, *La stabilità come valore e come problema*, a cura di M.V. BALLESTRERO, Torino, 2007.
- BARAK A.**, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995.
- BARBERA M.**, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, 58.
- BASCHERINI**, *I licenziamenti individuali*, in *Indirizzi di Giurisprudenza*, a cura di ENRICA MINALE COSTA, Giappichelli, Torino, 2007, 133.
- BAUMAN Z.**, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, Troina (En), 2007, 48.
- BECCIA U.**, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, a cura di O. MAZZOTTA, Torino, 2008, 5.
- BELSITO A.**, *Controversie di lavoro*, Cacucci, Bari, 2008, 114.
- BERAUDO J.**, *L'évolution de la jurisprudence en matière d'énonciation des motifs du licenciement*, in *RJS*, 4/92, 231.
- BIANCA C.M.**, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 16.
- BONNETETE M. C. et LYON-CAEN G.**, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juill. 1973*, in *Dr. Soc.*, 1973, 493.
- BOSSU, DUMONT, YVES-VERKINDT**, *Droit du travail*, Montchrestien, 2011.
- BRUN**, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. lav*, n. 26, 149.
- BRUNI L.**, *contro la crisi, imprese più responsabili*, il Sole 24 ore, 2 Febbraio 2010.
- BUFFA F.**, *Collegato lavoro e tutela giurisdizionale*, in *Quad. mass. civ.*, 2011, I, 7.
- CARINCI F.**, *"Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 138/2012.

CARINCI F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 4-5.

CARINCI M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato: ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, Padova, Cedam, 2005, 3.

CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, versione provvisoria*, in www.aidlass.it/convegni/archivio/2012, 30.

CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro: il lavoro subordinato*, Torino, 2008, 297.

CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro: il lavoro subordinato*, Torino, 2011, 320.

CAVALLARO L., *Un caso interessante per la riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: due opinioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 692.

CERRITELLI V., PICCININI A., *Il licenziamento individuale, analisi della normativa e guida alla sua applicazione dopo la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Ediesse, Roma, 1991, 320.

CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, 3, 547;

CESTER C., *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla riforma Fornero*, All. LG 2012, p. 861.

CHAUVIRE J., *Synthèse sur le reclassement dans le licenciement pour motif économique*, in *Sem. soc. Lamy*, 2011, 1477, 6.

CHIREZ A., *La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement?*, *D.*, 1981, *Chron.* 193.

COLLINS H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 259.

D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 Statuto dei lavoratori*, Padova, Cadam, 1979, 78.

DALMASSO R., *Essai sur le licenciement économique*, bibl. De Cujas, Paris, 3.

DE ANGELIS L., in O. MAZZOTTA, *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino, 2008, 41.

DE CECCO M., *L'incerto destino della moneta senza Stato*, in *Limes: L'euro senza*

Europa, 2010, 14.

DE CRISTOFARO M., *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro It.*, 1999, parte I, c. 1912.

DE LUCA M., *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 2009, 977.

DE MARINIS N., *Potere datoriale di recesso e diritto del lavoratore alla conservazione del posto*, Torino, Giappichelli, 1995, 91.

DESJARDINS B., *La réintégration*, in *Dr. Soc.*, 1992, 766.

DUBIN L., *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, PUAM, 2003.

DUPLAT J., *Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail*, in *RDT*, 2008, 504.

DWORKIN R., *I fondamenti del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro It.*, 1999, parte I, c. 1891.

FALZEA A., *Gli standars valutativi e la loro applicazione*, in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1999, 369.

FANNEC F.-HERY, *Le CNE est-il conforme à la convention n. 158?*, in *Sem. soc. Lamy*, juin 2006, 1265, 6.

FASANO, *Il controllo giudiziale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5, 2009, 500.

FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1985, 309.

FERRARO G., *Diritto dei contratti di lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2011, 142.

FINKIELKRAUT A., *L'umanità perduta. Saggio sul XX secolo*, Editoriale Atlantide, Roma, 1997, 75.

FLAMMIA R., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, diretta da Renato Scognamiglio, Franco Angeli, 1978, 225.

- FROUIN J. Y.**, *L'incarcération du salarié et la relation de travail*, in *RJS*, 1/01, 3.
- GALGANO F.**, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*. Libro quarto, Delle obbligazioni; art. 1372-1405.
- GALGANO F.**, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contatto. e impresa*, 1997, 417.
- GAUDU F.**, *Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte*, in *Dr. Soc.*, 2010, 151.
- GAURIAU B.**, *La nullité du licenciement et la personne du salarié*, in *Dr. Soc.*, 1993, 738.
- GAZZONI F.**, *Manuali di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, 75.
- GEA F.**, *La cessation d'activité d'une filiale: quel contrôle des licenciements?*, in *RDT*, 2011, 168.
- GEA F.**, *Licenciement pour motif économique: l'obligation générale de reclassement*, in *RJS*, 7-8/00, 511.
- GENIAUX V. B.**, *La proportionnalité dans les relations du travail*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009.
- GHEZZI G.**, *Commentario del codice civile (del contratto di agenzia): art. 1742-1953*, Bologna, Zanichelli, 1970.
- GHEZZI G.**, *La responsabilità contrattuale delle obbligazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963, 26.
- GIRADI**, *Patto di prova e licenziamento*, 3, 2009, 266 e ss.
- GIUGNI G.**, *Disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. it. dir. lav.*, IV, 1953, 264.
- GIUGNI G.**, *Lo Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, 221.
- GOTTARDI**, *atti del convegno Aiddlass tenuto a Parma, 4-5 giugno 2010, secondo la quale con il Trattato di Lisbona, l'Europa di mercato si sta spostando verso diritto sociale*.
- GRAGNOLI E.**, *La riduzione del personale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006.
- GRANDI M.**, *La determinazione della figura del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano,

1971, 180.

GROSSI P. F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, 176.

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005, 74.

GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2003, 84.

GUIOMARD F., *La justification des mesures de gestion du personnel*, Un. Paris X, 12.

HENRY M., *La réintégration des salariés non protégés*, in *Dr. ouvrier*, 1995, 371.

IANNIRUBERTO G., *Il processo del lavoro rinnovato*, Cedam, Padova, 2001, 160.

ICHINO A., ICHINO P., POLO M., *Il mercato del lavoro e le decisioni dei giudici sui licenziamenti*, in *L'Italia da semplificare: I Le istituzioni*, a cura di Cassese S. e Galli G., Il Mulino, 1998.

ICHINO P., *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 838.

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, III, Milano, Giuffrè, 2003.

ICHINO P., *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 998.

ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*, Mondatori, Milano, 1996, 114.

IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, Laterza, 2001, 5.

LARDY B.-PELISSIER, *L'obligation de reclassement*, D., 1998, chron. 399.

LARDY P., *La force obligatoire du droit international en droit interne*, in *LGDJ*, 1966.

LIEBMAN S., atti del convegno Aiddlass tenuto a Parma, 4-5 giugno 2010, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*.

LOKIEC P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis, 2011, 237.

LUDOVICO, *L'onere datoriale del repêchage e la sopravvenuta inidoneità del lavoratore nell'interpretazione delle sezioni unite della Cassazione*, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 211.

LYON-CAEN A. et PERULLI A. (dir), *Liberallizzazione degli scambi, integrazione dei mercati et diritto del lavoro*, Milano, Cedam, 2005;

LYON-CAEN A., *Dispersion des compétences et cohérence du droit: les leçons du CNE (Contrat nouvelles embauches)*, in *Le Conseil d'Etat et le droit social*, Paris, 2011.

MANCINI G. F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1965, 360.

MANCINI G. F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.

MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, A. Giuffrè, 1962-1965, 234.

MARAZZA M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf ed anche in *Arg. Dir. Lav.*, n. 3, 2012, 612 e ss.

MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 444.

MAZZIOTTI F., *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 105.

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, 138.

MAZZOTTA O., *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, cit., 1.

MAZZOTTA, *Il recesso, la giustificazione del licenziamento, la tutela reale*, Milano, Giuffrè, 2005, 62.

MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, 33.

MENGONI L., *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 67.

MENGONI L., *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 67.

- MENGONI**, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985.
- MEUCCI**, *Obbligo di ricollocazione in altre mansioni del lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità*, in *Lav. prev. oggi*, 1998, 2068.
- MONTUSCHI L.**, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973, 200.
- MONTUSCHI L.**, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973, 162.
- MOREAU M-A.**, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, coll., droit ouvert, 2006.
- MOSCO**, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, Jovene, 1950, 18.
- NANCY J.-L.**, *Le Sens du monde, Galilée*, Paris, 1993, p, 127.
- NAPOLETANO D.**, *Le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1953, 61.
- NAPOLI M.**, *Flessibilità e tutela contro i licenziamenti*, in *Questioni di diritto del lavoro (1992 - 1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, 281.
- NAPOLI M.**, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, F. Angeli, 1980, 141.
- NAPOLI**, *Stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1980, 144.
- NATOLI U.**, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.
- NOGLER L.**, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra 'principi' costituzionali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, 593.
- NOVELLA M.**, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2004, 800.
- NOVELLA M.**, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione del giustificato motivo soggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 994.
- OGRESEG C.**, *Libertà delle scelte economico-organizzative e licenziamento per giustificato motivo oggettivo. del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 619.
- PALADINI R. e GABRIELLI A.**, XV Conferenza SIEP (Società italiana di economia pubblica), *Diritti, regole, mercato, economia pubblica ed analisi economica del*

diritto, Pavia, Università, 3 - 4 ottobre 2003.

PAPA V., *Lavoro e dissenso. Il diritto di critica del lavoratore e i suoi limiti nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *DL*, 2008, 805;

PATAUT E., *Concurrence internationale des systèmes juridiques et droit social: quelles méthodes?* dans A. LYON-CAEN dans A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.

PELLISSIER J., *Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation*, in *Dr. Soc.*, 1986, 180.

PELLISSIER J., *La réforme du licenciement*, Sirey, 1974.

PELLISSIER J., *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 2e éd., 1980.

PELLISSIER J., *Observations à propos de la notion de licenciement individuel*, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, 83.

PELLISSIER, AUZERO, DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 26 ed., 2012, 468.

PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1980, 63.

PERA, *Colloquio con Pietro Ichino*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, III, 211.

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966, 43.

PERTUGNANO V., *Il licenziamento orale e ripartizione dell'onere della prova*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, 453;

PERULLI A. E SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro, nei Working Papers del Centro Studi Massimo D'Antona, n. 132 del 2011, <http://csdle.lex.unict.it/>.*

PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione, clause sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999, 335.

PERULLI A., in O. MAZZOTTA, *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino, 2008, 62.

PERULLI A., lavori del convegno tenuto a Venezia il 24-25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*.

PESSI, lavori del convegno di Venezia, 24 25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale*.

PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, 2006, Giappichelli, Torino, 33 e ss.; al diritto

vivente si ritiene vincolata la stessa Corte cost., 26-05-1995, n. 193.

PHILBERT A., *Le reçu pour solde de tout compte. Réflexions sur une évolution jurisprudentielle*, in *CSB*, 1995, 95.

PRETOT X., *Le régime du contrat nouvelles embauches et la convention n. 158 de l'OIT*, in *RJS*, 1/07, 5.

RAY J. E., *Devoirs d'adaptation et obligations de reclassement*, in *Dr. Soc.* 2008, 949.

RAY J.-E., *Le nouveau droit du licenciement*, in *Dr. Soc.*, 1987.

RESCIGNO P., *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, Cedam, Padova, 1998, 29.

ROCCELLA M., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, 444.

RODIERE P., *Le contrat "nouvelles embauches" et les principes*, in *Sem. soc. Lamy*, jan. 2006, 1243-5.

ROGER V., *Effets de la délinquance du salarié sur le contrat de travail*, in *Dr. Soc.*, 1980, 173.

RONKEY A., *I limiti del capitalismo*, Milano, Rizzoli, 1991.

SANDULLI P., *Il processo del lavoro: la disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2010.

SANTORO F. PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 13. ed., Napoli, E. Jovene, 1961, 192.

SANTORO F. PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene editore, Napoli, 1961, II, 1070.

SAVATIER J., *L'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de licenciement doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation?*, in *Dr. Soc.*, 1987, 357.

SAVATIER J., *Le reçu pour solde de tout compte. Chronique de jurisprudence*, in *Dr. Soc.*, 1989, 829;

SAVATIER J., *L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction*, in *Dr. Soc.*, 1991, 99.

SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza Costituzionale*, (Collana *Impresa e*

diritto), 1978, 34.

SCONAMIGLIO R., *Manuale di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2005, 215.

SEGNI A., *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna, libro VI, 1960, 282.

SINAY H., *Les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juill. 1973*, in *Dr. Soc.*, avr. 1978, 22.

SINAY H., *Rigueur et ampleur de la réintégration*, in *Dr. Soc.*, 1994, 552.

SOZZI G., *Il licenziamento disciplinare*, in M. FEZZI e F. SCARPELLI (a cura di), *i Quaderni di Wikilabour, Guida alla riforma Fornero*, 109.

SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto del diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, 241.

SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Intervento al Convegno nazionale Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio, dattiloscritto, 9 e ss., anche in in *RIDL*, 552.

STOLFA F., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento: i nodi irrisolti e le soluzioni possibili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 1090.

STOLFA F., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento: i primi frutti di un dialogo tra giurisprudenza e dottrina*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 627.

SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1963, 63.

TAMAJO R. D. L., *Le norme inderogabili nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 97.

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008.

TATARELLI M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, 450.

TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, Cedam, 2000, 255.

TIRABOSCHI M., *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in *La riforma dei rapporti e delle controversie del lavoro*, a cura di Proia e Tiraboschi, Giuffrè, 2011, 7.

TIRABOSCHI M., *Formulario del processo del lavoro: aggiornato alla riforma della*

giustizia del lavoro di cui alla L. 4 novembre 2010, n. 183, con la collaborazione di A. Corvino, Giuffrè editore, Milano, 2011, 36.

TREMOLADA M., *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav. per la riforma Fornero, in Commentario alla riforma Fornero, All. LG 2012,, 876.*

TREU, lavori del convegno tenuto a Venezia il 24-25 settembre 2010, *L'impresa socialmente responsabile, profili giuridici e prassi imprenditoriale;*

TULLINI, *Contributo alla teoria dei licenziamenti per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994, 200.

URBAN Q. (dir), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, 19.

VACARIE I., *La renonciation du salarié*, in *Dr. Soc.*, 1990, 757.

VALLEBONA A., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006.

VALLEBONA A., *Il rapporto di lavoro*, Verona, Cedam, 2005, 386.

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro II*, Cedam, Padova, 2002, 48.

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*, Giappichelli, 2012.

VENNIN F., *La contestation des sanctions disciplinaires par le salarié*, in *Dr. soc.*, 1990, 769.

WAGNER E., *Tours et contours de la Chambre sociale autour de l'arrêt Janousek*, D., 1983, Chron. 253.

WAQUET Ph., *La réintégration du salarié illégalement licencié*, in *Dr. Soc.*, 1991, 60.

ZAGREBELSKY G., *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007.

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Milano, Il Mulino, 1988, 124.

ESTRATTO PER RIASSUNTO DELLA TESI DI DOTTORATO

STUDENTE: ADRIANO CIRILLO CARMELO MATRICOLA: 955735

**DOTTORATO: DOTTORATO IN DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI CIVILI,
COMMERCIALI E DEL LAVORO - UNIVERSITÀ CA' FOSCARI -**

CICLO: 25° CICLO

TITOLO DELLA TESI⁷⁰⁴: IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUI LICENZIAMENTI

ABSTRACT:

Si tratta di un lavoro sistematico di indagine giuridica, avente l'obiettivo di mettere in luce l'importanza del vaglio giudiziario delle ragioni che legittimano il recesso del datore di lavoro, anche sotto un profilo storico in cui correnti di pensiero giuridico tendono a marginalizzare il ruolo del giudice a vantaggio di un mero filtro economico.

It deals with a systematic job of juridical investigation, having the objective to show the importance of the judicial sieve of the reasons that you/they legitimate the recess of the employer, also under an historical profile in which current of juridical thought extend to marginalize the role of the judge to advantage of a mere economic filter.

Firma dello studente

⁷⁰⁴ Il titolo deve essere quello definitivo, uguale a quello che risulta stampato sulla copertina dell'elaborato consegnato.