

Capitolo 15

La cessazione del rapporto di lavoro

Sommario

1. Casi di estinzione del rapporto di lavoro. - Sezione Prima: *Licenziamenti individuali*.
2. Cenni storici sulla disciplina del licenziamento. - 3. La disciplina vincolistica dei licenziamenti ed aree di non applicazione (recesso *ad nutum*). - 4. Divieti di licenziamento. - 5. Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento. - 6. La procedura di intimazione del licenziamento.
7. Il licenziamento disciplinare. - 8. L'impugnazione del licenziamento.
9. La disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo: tutela reale e tutela obbligatoria.
10. Il licenziamento discriminatorio. - Sezione Seconda: *Licenziamenti collettivi e mobilità*.
11. Licenziamenti collettivi per riduzione di personale. - 12. La procedura di mobilità.
13. Gli effetti della messa in mobilità. - 14. I lavori socialmente utili.
15. Decadenza dai trattamenti a sostegno del reddito.

1. Casi di estinzione del rapporto di lavoro

A) Tipologia delle cause estintive

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

- 1) per **scadenza del termine**: tale ipotesi si realizza solo in quei rapporti di lavoro (contratto a termine, apprendistato, contratto di inserimento), i quali prevedono una *scadenza finale*;
- 2) per **morte del lavoratore**: in tal caso, infatti, viene meno una delle parti del rapporto.

Non produce l'estinzione del contratto la morte del *datore di lavoro* poiché di regola il rapporto di lavoro continua con i suoi successori nella titolarità dell'impresa (v. Cap. 14, § 7);

- 3) per **accordo delle parti** (cd. *mutuo consenso*): tale caso si verifica allorché entrambe le parti, datore e prestatore, si accordano per porre fine al rapporto di lavoro.

Ciò in sintonia con il principio generale dell'art. 1372 c.c. che consente lo scioglimento del contratto per mutuo consenso;

- 4) per **impossibilità sopravvenuta della prestazione** o per **forza maggiore**. Tali circostanze possono attenersi sia al *lavoratore* (es. la sua carcerazione, oppure la sopravvenuta assoluta inidoneità fisica al lavoro) che al *datore* (es. requisizione degli impianti aziendali, loro distruzione per fatti naturali come terremoto od inondazione) (1);

(1) Secondo la dottrina dominante (GALANTINO, DE LUCA TAMAJO, MAZZIOTTI) e la giurisprudenza prevalente, le ipotesi di impossibilità sopravvenuta o di forza maggiore attinenti al datore di lavoro non

- 5) per altre specifiche **cause previste dalla legge**, quali, ad esempio, il superamento del cd. *periodo di comporto* (art. 2110 c.c.) oppure il mancato rientro in azienda del prestatore dopo la reintegrazione ottenuta ai sensi dell'art. 18, L. 300/1970 (Statuto dei Lavoratori);
- 6) per **recesso del lavoratore o del datore di lavoro**, disciplinati dalle norme del codice civile ed in particolare dall'**art. 2118 c.c.**, per il *recesso dal contratto a tempo indeterminato*, e dall'**art. 2119 c.c.**, relativamente al *recesso per giusta causa*.

Secondo le disposizioni civilistiche il recesso è un **atto**:

- **unilaterale**, proveniente cioè da *una sola* delle parti contrattuali;
- **recettizio**, in quanto acquista efficacia nel momento in cui *viene a conoscenza* dell'altra parte;
- **di estrinsecazione di un diritto potestativo**, in quanto, benché la manifestazione di volontà sia unilaterale, produce effetti nella sfera giuridica di un *altro soggetto*, il quale vedrà estinguersi il rapporto.

Il recesso da parte del datore (cd. *licenziamento*) rappresenta la causa di estinzione più rilevante dal punto di vista normativo e sociale e, pertanto, ad essa è dedicata la trattazione di questo Capitolo, mentre di seguito è esaminata la disciplina del recesso da parte del lavoratore (*dimissioni*).

B) Il recesso del prestatore di lavoro (cd. dimissioni)

Nel caso del prestatore di lavoro, il recesso è denominato correntemente «**dimissioni**» ed assume la valenza di *atto di natura estintiva*, avendo il rapporto di lavoro esaurito la funzione relativa all'interesse del lavoratore (MAZZIOTTI).

Il recesso del lavoratore è così regolato (artt. 2118 e 2119 c.c.):

- se il rapporto di lavoro è a **tempo determinato**, il recesso prima della scadenza stabilita è consentito soltanto se sussiste una *giusta causa*;
- nel caso di rapporto di lavoro a **tempo indeterminato**, il recesso incontra l'unico limite del rispetto del **periodo di preavviso** della durata stabilita dal contratto collettivo, *salvo la ricorrenza di una giusta causa*: in tal caso il lavoratore *non* è tenuto al rispetto del preavviso, ma ha comunque diritto alla relativa *indennità sostitutiva*.

determinano un'estinzione automatica del rapporto, bensì possono integrare solamente una *giusta causa* od un *giustificato motivo oggettivo di licenziamento* con tutti i limiti e possibilità di controllo relativi a tali cause di risoluzione del rapporto.

La giusta causa (2) dunque consente di recedere dal contratto di lavoro con *effetto immediato*, indipendentemente dalla sua durata, in quanto è, per definizione, un evento imputabile ad una delle parti talmente grave da *non consentire, neanche provvisoriamente, la prosecuzione del rapporto di lavoro* (v. anche succ. § 5).

Quanto alla **forma** delle dimissioni, esse sono di regola considerate un *atto a forma libera*, a meno che non vi sia una diversa previsione da parte del contratto collettivo il quale può disciplinare, oltre che la forma dell'atto, anche quella della sua *comunicazione* (ad esempio invio per mezzo di raccomandata a/r).

In tale ultima ipotesi, la mancanza della forma prevista (per l'atto e per la comunicazione) determinerà la *nullità* delle dimissioni (Cass. 25-2-1998, n. 2048).

Le dimissioni devono essere rassegnate dal lavoratore *liberamente e spontaneamente*. Pertanto, se sono state forzatamente «indotte», sono **annullabili** secondo i principi civilistici generali previsti nei casi di errore, violenza e dolo. Il legislatore detta poi una disciplina *specificata* per quei casi di maggior debolezza del lavoratore tali da esporlo più facilmente a possibili pressioni: è così previsto che le dimissioni della lavoratrice, se presentate in occasione del **matrimonio**, devono essere *confermate entro un mese* alla Direzione provinciale del lavoro, a pena di *nullità* (art. 35, D.Lgs. 198/2006); se presentate dalla lavoratrice durante il periodo di **gravidanza** oppure dalla lavoratrice o dal lavoratore durante il *primo anno di vita* del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, debbono essere *convalidate* dalla DPL territorialmente competente (art. 55, co. 4, D.Lgs. 151/2001) (v. anche Cap. 11, § 4).

Nell'intento di garantire in via generale la *volontarietà delle dimissioni* del lavoratore, ed in particolare il diffuso illecito delle cd. *dimissioni in bianco*, la L. 17-10-2007, n. 188 aveva introdotto una *procedura obbligatoria per la loro presentazione*, che fra l'altro imponeva al lavoratore di manifestare *per iscritto* la propria volontà al datore, utilizzando un apposito *modulo*. Il D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008 ha *abrogato* la previsione, anche perché ritenuta di scarsa utilità in quanto le dimissioni in bianco potevano essere comunque facilmente sostituite da risoluzioni del contratto *fittiziamente consensuali*.

(2) L'INPS, nell'accogliere l'orientamento (sent. 269/2002) della Corte Costituzionale che ha riconosciuto il diritto all'indennità di disoccupazione anche in caso di *dimissioni per giusta causa* (mentre il diritto di trattamento sussiste solo in caso di licenziamento), «sulla base di quanto finora indicato dalla giurisprudenza» queste ultime nelle seguenti fattispecie (circ. INPS 20-10-2003, n. 163): mancato pagamento della retribuzione; molestie sessuali nei luoghi di lavoro; modificazioni peggiorative delle mansioni lavorative; mobbing; notevoli variazioni delle condizioni di lavoro a seguito di cessione dell'azienda ad altre persone (fisiche o giuridiche); spostamento del lavoratore da una sede ad un'altra, senza che sussistano le «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» previste dall'art. 2103 c.c.; comportamento ingiurioso posto in essere dal superiore gerarchico nei confronti del dipendente.

Sezione Prima
Licenziamenti individuali

2. Cenni storici sulla disciplina del licenziamento

L'esercizio del **diritto potestativo di recesso** da parte del datore di lavoro (**licenziamento**) incontra notevoli limiti legislativi.

Tali limiti non può dirsi costituiscano violazione del principio di parità contrattuale delle parti.

Ciò perché nel contesto socio-economico che ha caratterizzato l'evoluzione della legislazione speciale del lavoro, il rapporto di lavoro presentava un'obiettivo e stridente disparità tra le parti: un contraente «*forte*», il datore di lavoro, un contraente «*debole*», il lavoratore.

La subalternità contrattuale e socio-economica del lavoratore — che, pur con aspetti ed implicazioni differenti, permane anche ai nostri giorni — si proietta nello sviluppo del rapporto di lavoro ove il prestatore è esposto a *rischi di abusi* che solo una specifica **normativa garantista** può scongiurare.

Ecco perché, mentre vi è libertà di recesso dal rapporto di lavoro (dimissioni) da parte del prestatore, rigorosi *limiti legislativi* incontra il potere di licenziamento da parte del datore.

Tali ragioni hanno fatto sì che la disciplina dei licenziamenti subisse nel tempo una notevole *evoluzione*, man mano che le esigenze di tutela dei lavoratori hanno trovato nella società e nelle forze politiche un maggiore riscontro.

Nel **codice civile del 1865**, la materia del lavoro era circoscritta in una visione economico-filosofica esclusivamente di tipo liberale, sostanzialmente ribadita dal **codice civile del 1942**, che, all'**art. 2118**, prevede la *libertà del recesso* sia del datore di lavoro che del lavoratore dal contratto di lavoro a tempo indeterminato (salvo l'obbligo del *preavviso*), ponendo sullo *stesso piano* lavoratore e datore di lavoro. Tale *uguaglianza formale* non tiene conto della posizione di svantaggio del primo nei confronti del secondo.

Con l'avvento della **Costituzione repubblicana**, sulla base degli artt. 4 e 41, co. 2, si aprì così in dottrina un ampio e vivace dibattito perché venisse affermato il *divieto di licenziamenti immotivati*.

La materia, per oltre quindici anni, fu oggetto di **contrattazione collettiva**: gli accordi interconfederali del 1947 introdussero alcune limitazioni ai licenziamenti nell'industria; nel 1950 due accordi regolamentarono sia i licenziamenti individuali che quelli collettivi e vennero sostituiti da due successivi accordi del 1965.

La prima disciplina legislativa in materia venne introdotta solo con la **L. 15-7-1966, n. 604** che, mantenendo intatta la libertà di dimissioni, regolamentò invece i *licenziamenti individuali*, dichiarando illegittimo il licenziamento non sorretto da *giusta causa* o da *giustificato motivo*. Tale normativa era applicabile, però, *solo ad imprese con più di 35 dipendenti*.

Un decisivo passo avanti sul piano della tutela effettiva della stabilità del posto di lavoro è stato poi compiuto con la **L. 20-5-1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori)**, che, all'**art. 18**, prevede la *reintegrazione* del lavoratore nel posto di lavoro, quando viene accertata l'insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo del licenziamento.

La **L. 11-5-1990, n. 108**, infine, ha dato un nuovo assetto alla normativa dei licenziamenti innovando la L. 604/1966 e modificando l'art. 18 St. Lav.

In particolare *ha esteso anche alle cd. piccole imprese* la disciplina del recesso per giusta causa o giustificato motivo, prevedendo l'obbligo di riassunzione o, in alternativa, il risarcimento del danno per il lavoratore illegittimamente licenziato. Per le cd. *grandi imprese*, la L. 108/1990 ha ampliato la possibilità di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro.

La tutela della L. 604/1966, che si applicava originariamente solo alle imprese oltre i 35 dipendenti, è stata estesa anche alle imprese di piccola dimensione (*fino a 15 dipendenti*), mentre la tutela dell'art. 18 St. Lav. (reintegrazione) si applica ai lavoratori delle imprese con *più di 15 addetti*.

La **L. 4-11-2010, n. 183 (cd. collegato lavoro)**, dopo venti anni, ha apportato modifiche all'art. 6 della L. 604/1966 stabilendo un nuovo regime di *impugnazione del licenziamento* ed estendendone notevolmente il *campo di applicazione*.

Per effetto della delineata evoluzione normativa, in base alle disposizioni vigenti, il recesso da parte del datore di lavoro (che ha natura di atto *estintivo* del rapporto) è:

- *esercitabile liberamente solo in rare ipotesi*, espressamente escluse dal campo di applicazione della normativa vincolistica (cd. **recesso ad nutum**);
- *vincolato alla sussistenza di un'adeguata motivazione (licenziamento per giusta causa e giustificato motivo)*;
- *vietato in una serie di casi* in cui, rispetto all'interesse datoriale, prevale quello del prestatore alla conservazione del posto di lavoro (**divieti di licenziamento**);
- *assolutamente nullo se ispirato da motivi illeciti (licenziamento discriminatorio)*.

Il baluardo dell'«articolo 18»

La tendenza ad abbandonare il modello di rigorosa protezione del lavoratore in sede giurisdizionale ha trovato riflesso nella vicenda dell'«*articolo 18*» ovvero nell'arroccamento dei sindacati, dei partiti politici e delle imprese su due posizioni radicali, una in favore dell'*abolizione* della disciplina limitativa e garantista contenuta nell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, l'altra per la strenua *difesa* di tale norma.

Sicché, nei primi mesi del 2000, si tenne un *referendum di iniziativa popolare* per l'abrogazione dell'art. 18 St. Lav., che tuttavia non raggiunse il quorum necessario per la sua validità. Al riguardo, la Corte Costituzionale, nel dichiarare *ammissibile* (sent. 3/7-2-2000, n. 46) il quesito referendario, ritenne che la norma citata, pur essendo

«indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione» e dunque espressione di esigenze costituzionalmente riconosciute e radicate, non concretasse l'*unico possibile paradigma attuativo dei principi costituzionali medesimi*». L'abrogazione della disposizione di cui all'art. 18 St. lav. avrebbe avuto «il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro», restando in vigore la tutela generale prevista dalla L. 604/1966 (cd. tutela obbligatoria).

Successivamente, con la formazione di una nuova compagine di Governo, l'istanza di soppressione della norma garantista è stata recepita anche sul piano legislativo, con la presentazione di un *disegno di legge* cui ha fatto seguito una significativa *mobilitazione sindacale*.

La proposta di introdurre una nuova normativa, sperimentale, sulle conseguenze sanzionatorie in caso di violazione delle disposizioni sul licenziamento, è stata poi «stralciata» dall'originario disegno di legge.

È stata quindi avanzata la richiesta di un nuovo *referendum abrogativo*, avente ad oggetto i limiti numerici prescritti per l'applicazione della disciplina garantista, dichiarato egualmente *ammissibile* (sent. 6-2-2003, n. 41) dalla Corte Costituzionale.

Il referendum, tenutosi nelle giornate del 15/16-6-2003 e invalidato dal mancato raggiungimento del quorum, avrebbe avuto l'effetto di *estendere* le garanzie previste dall'art. 18 St. Lav. anche a settori e lavoratori oggi privi di una tutela *reale* (la reintegrazione nel posto di lavoro) e di arginare qualsiasi tentativo di manipolazione, mediante deroghe o sospensioni, della norma statutaria.

Evidentemente, si tratta di un tema di grande attualità, che ritorna ad ogni cambio di legislatura, ma che tuttavia non pare risolvibile data la grande varietà di posizioni, anche dottrinali, sul punto.

3. La disciplina vincolistica dei licenziamenti ed aree di non applicazione (recesso *ad nutum*)

A) La disciplina vincolistica dei licenziamenti

Per effetto dell'art. 1 della **L. 15-7-1966, n. 604** «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**».

Tale norma ha introdotto nel nostro ordinamento un **regime vincolistico** del licenziamento, in quanto non consente che il recesso intimato dal datore sia privo di *motivazione*.

Il potere del datore in tema di recesso, quindi, non può essere esercitato con mero arbitrio, ma deve trovare fondamento in situazioni tipizzate dall'ordinamento e di cui il datore di lavoro deve dar conto al lavoratore nella *motivazione* del provvedimento espulsivo. Tale sistema trova fondamento nella considerazione che, in assenza di limiti, il potere di licenziamento potrebbe essere utilizzato dal datore per accentuare, ai limiti della mortificazione, il vincolo di subordinazione del prestatore, oppure per ragioni (di discriminazione, ad esempio) ripudiate dal nostro ordinamento giuridico. Rileva, inoltre, l'esigenza (costituzionalmente affermata) di garantire al lavoratore il mezzo per il sostentamento proprio e della sua famiglia.

B) Il regime di libera recredibilità

Sebbene in ipotesi limitate, nel nostro ordinamento permane ancora un'area di non applicazione della disciplina garantista in tema di licenziamento, ove è consentito al datore di recedere senza necessità di alcuna motivazione (**recesso ad nutum**, letteralmente «con un semplice cenno»).

Il regime di libera recredibilità è ammesso nei seguenti casi:

- per i **dirigenti**. L'art. 10, co. 1, L. 604/1966 richiama espressamente soltanto le categorie di *impiegati* e *operai*, cui vanno aggiunti anche i *quadri* (stante l'equiparazione agli impiegati ex art. 2, co. 3, L. 190/1985), dovendosi conseguentemente escludere i *dirigenti*.

Ai dirigenti si applicano però le disposizioni relative alla *comunicazione per iscritto* del licenziamento (art. 2, co. 3, L. 604/1966) e la *tutela reale* (art. 18, L. 300/1970) nel caso di licenziamento discriminatorio (art. 3, co. 2, L. 108/1990).

Alla limitata tutela legislativa sopperisce la contrattazione collettiva che ha introdotto il concetto di *giustificatazza* del licenziamento ai fini della sua legittimità, *che si discosta, sia nel piano soggettivo che su quello oggettivo, da quello di giustificato motivo e di giusta causa* (Cass. 13-12-2010, n. 25145), in quanto si traduce essenzialmente nella *ragionevolezza del licenziamento* (per cui può assumere rilevanza qualsiasi fatto che può incidere il rapporto fiduciario), che però serve a garantirne la *non arbitrarietà* e a ricondurre l'esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro entro i limiti della *correttezza* e della *buona fede* (Cass. 3-1-2005, n. 27);

- per i **lavoratori in prova**, nel termine di 6 mesi dall'assunzione (art. 10, L. 604/1966 e art. 2096, co. 2, c.c.).

Il licenziamento intimato nel corso o al termine del periodo di prova ha natura *discrezionale* e *non deve essere motivato* (Cass. 14-10-2009, n. 21784). Il lavoratore può tuttavia contestarlo giudizialmente. Infatti, dall'obbligo sancito dall'art. 2096, co. 2, c.c., secondo cui le parti sono *tenute a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova*, ne discende «che la discrezionalità dell'imprenditore si esplica nella *valutazione delle capacità e del comportamento professionale del lavoratore*, così che il lavoratore stesso, qualora ritenga e sappia dimostrare il *positivo superamento dell'esperimento*, nonché l'imputabilità del licenziamento ad un *motivo illecito*, ben può eccepirne e dedurne la nullità in sede giurisdizionale» (Corte cost. 189/1980);

- per gli **atleti professionisti**, ex art. 4, L. 23-3-1981, n. 91;
- per gli **addetti ai servizi domestici**.

Tale esclusione è prevista esplicitamente dall'art. 4, co. 1, L. 108/1990, che fa riferimento alla non applicazione della disciplina ai rapporti di cui alla L. 2-4-1958 n. 339 (lavoro domestico);

- i **lavoratori ultrasessantenni**, in possesso dei requisiti pensionistici, a meno che abbiano deciso di *proseguire* il rapporto di lavoro per maturare i requisiti contributivi massimi per il pensionamento (art. 4, L. 108/1990).

A tale categoria si applica tuttavia la *tutela reale* (art. 18, L. 300/1970) nel caso di licenziamento *discriminatorio* (art. 4, co. 2, L. 108/1990).

Giurisprudenza

Originariamente l'art. 11, co. 2, L. 604/1966, consentiva il recesso *ad nutum* nei confronti dei *lavoratori in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia* oppure che avessero comunque *superato 65 anni di età*.

La norma fu però dichiarata *costituzionalmente illegittima* principalmente in relazione ai seguenti *profili*:

- innanzitutto, in quanto erano esclusi dalla tutela della L. 604/1966 i lavoratori che, pur avendo raggiunto l'età di 65 anni, *non* avevano maturato i requisiti *contributivi* per il diritto a pensione e, per tale motivo, dovevano continuare a lavorare (Corte cost. sent. 176/1986);
- in secondo luogo, in quanto realizzava una ingiustificata *disparità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici*. Infatti, l'età per l'accesso alla pensione di vecchiaia era (all'epoca) di 55 anni per le donne e di 60 anni per gli uomini, sicchè questi ultimi potevano fruire della tutela cinque anni in più rispetto alle prime le quali, già dopo il compimento dei 55 anni di età, passavano al regime del recesso *ad nutum*. La pronuncia di illegittimità ebbe l'effetto di rimuovere questa sperequazione accordando la tutela della L. 604/1966 *per lo stesso tempo previsto per gli uomini*, cioè *fino all'età di 60 anni* (Corte cost. sent. 137/1986).

La L. 108/1990 l'abroga espressamente e, all'art. 4, co. 2 successivamente tenendo conto della pronuncia, esclude dalla tutela legislativa contro i licenziamenti ingiustificati i *lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici*: sono richiesti *due requisiti* per l'esclusione della tutela, il limite di età di *60 anni e, cumulativamente, il raggiungimento dei requisiti contributivi per il diritto a pensione*.

Successivamente, il limite di età per l'accesso al pensionamento è stato portato a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le donne (D.Lgs. 503/1992). Tale distinzione dell'età pensionabile, ancora attuale, ha riproposto nuovamente la questione della *disparità di trattamento* sul piano della tutela del rapporto di lavoro: infatti, per le lavoratrici il recesso *ad nutum* era possibile già dal compimento dei 60 anni, mentre per gli uomini solo dai 65 anni. La Corte costituzionale, intervenuta nuovamente sulla presunta discriminazione, offre una *interpretazione* della norma conforme alla sopravvenuta normativa previdenziale sui limiti anagrafici per il pensionamento e coerente con il principio di parità di trattamento. Viene infatti stabilito che, ai fini della licenziabilità *ad nutum*, il limite di 60 anni deve intendersi *spostato a 65 anni anche per la donna*, pur mantenendo quest'ultima il vantaggio del pensionamento anticipato a 60 anni (Corte cost. sent. 256/2002).

Pertanto, la lavoratrice, raggiunti i 60 anni di età, può continuare a lavorare fino ai 65 anni, godendo delle medesime garanzie previste per gli uomini in tema di stabilità del rapporto di lavoro, *senza peraltro dover effettuare alcuna opzione* per il proseguimento dell'attività lavorativa. In proposito, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'*illegittimità* dell'art. 30 del D.Lgs. 198/2006 «nella parte in cui prevede, a carico della lavoratrice che intenda proseguire nel rapporto di lavoro oltre il sessantesimo anno di età, l'onere di dare tempestiva comunicazione della propria intenzione al datore di lavoro, da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto dalla pensione di vecchiaia, e nella parte in cui fa dipendere da tale adempimento l'applicazione al rapporto di lavoro della tutela accordata dalla legge sui licenziamenti individuali» (sent. 29-10-2009, n. 275). Il D.Lgs. 5/2010, da ultimo, recependo tale pronuncia, ha modificato la norma che ora, al comma 1, recita che «le lavoratrici in possesso dei requisiti per avere diritto alla pensione di vecchiaia hanno diritto di proseguire il rappor-

to di lavoro fino agli *stessi limiti di età* previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali».

Inoltre, dopo una lunga evoluzione normativa iniziata con l'introduzione delle cd. *finestre di uscita* anche per la pensione di vecchiaia (L. 247/2007), dal 1°-1-2011 il trattamento decorre trascorsi 12 mesi (cd. *finestra di uscita mobile ex* D.L. 78/2010, conv. in L. 122/2010) dalla data di maturazione dei requisiti pensionistici. Pertanto, il datore di lavoro non può intimare il licenziamento *ad nutum fino alla data di decorrenza del trattamento pensionistico* (cd. apertura della finestra) (art. 6, co. 2bis, D.L. 248/2007, conv. in L. 31/2008, circ. INPS 5/2008).

4. Divieti di licenziamento

La disciplina garantistica in tema di licenziamento non solo impone che il licenziamento sia intimato in presenza di una specifica motivazione che lo giustifichi, salve le eccezioni illustrate nel paragrafo precedente, ma prevede inoltre casi in cui vige un **divieto di licenziamento**.

In particolare è *vietato il recesso del datore di lavoro* nel periodo di tempo in cui si verificano le seguenti situazioni:

- a) **matrimonio della lavoratrice**: il licenziamento non può effettuarsi dal giorno della richiesta delle pubblicazioni fino ad un anno dopo la celebrazione del matrimonio (art. 35, D.Lgs. 198/2006);
- b) **stato di gravidanza e di puerperio**: il divieto opera dall'inizio del periodo di gravidanza fino al periodo di interdizione previsto dalla legge, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 54, D.Lgs. 151/2001) (3) (4);
- c) **fruizione dei congedi previsti dalla legge**: è nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per malattia da parte della lavoratrice e del lavoratore (art. 54, co. 6, D.Lgs. 151/2001); è altresì vietato il licenziamento intimato al lavoratore che abbia fruito del congedo di paternità, per la durata del congedo stesso e fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 54, co. 7, D.Lgs. 151/2001);
- d) **infortunio o malattia professionale**: il divieto dura per tutto il periodo previsto dalla legge o dai contratti collettivi (art. 2110 c.c.);
- e) **malattia generica**: il lavoratore ha diritto (art. 2110 cit.) alla conservazione del posto per il periodo stabilito dai contratti collettivi (varia in dipendenza dell'anzianità di servizio e della categoria di appartenenza);

(3) Il D.Lgs. 151/2001 (art. 61) estende la tutela prevista dall'art. 54 anche alle *lavoratrici a domicilio* ed ai casi di *adozione e affidamento* (art. 54, co. 9 come sostituito dal D.Lgs. 5/2010). In queste ultime ipotesi il divieto opera fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. In caso di adozione internazionale, il divieto opera dal momento della comunicazione della proposta di incontro con il minore adottando o della comunicazione dell'invito a recarsi all'estero per ricevere la proposta di abbinamento.

(4) Durante il periodo in cui opera il divieto di licenziamento, la lavoratrice (o il lavoratore nei casi previsti) non può neppure essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo, salva l'ipotesi di collocamento in mobilità «a seguito di cessazione dell'attività dell'azienda» (art. 54, co. 4, D.Lgs. 151/2001, modif. dal D.Lgs. 23-4-2003, n. 115).

- f) **servizio di leva e richiamo alle armi:** nella vigenza del *servizio di leva obbligatorio* (sostituito dal 1°-1-2005 dal *servizio militare professionale*), il lavoratore alle dipendenze del datore di lavoro da almeno tre mesi (D.P.R. 14-2-1964, n. 237), aveva diritto alla *conservazione del posto* sino al trentesimo giorno successivo al congedo (D.L.C.P.S. 13-9-1946, n. 303).

A decorrere dalla data della sospensione del servizio di leva obbligatorio, quello civile «è prestato su base esclusivamente volontaria» ed è rimesso «ad una scelta volontaria del cittadino, che evidentemente non può considerarsi produttiva del diritto alla conservazione del posto di lavoro» (Min. Lav. risposta ad interpello 16-11-2007, n. 34).

Il lavoratore *richiamato* alle armi ha diritto alla conservazione del posto per il periodo del richiamo e non può essere licenziato prima che siano trascorsi tre mesi dalla ripresa dell'occupazione (artt. 2110 e 2111 c.c., L. 3-5-1955, n. 370);

- g) **incarichi sindacali:** il divieto di licenziamento sussiste nei confronti dei *dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali* e dei *membri di commissione interna* per un anno dalla cessazione dell'incarico (tre mesi dalle elezioni, per i candidati non eletti) (artt. 18 e 22, L. 300/1970);
- h) **incarichi di pubbliche funzioni:** il divieto di licenziamento è sancito dall'art. 51 Cost., nei confronti dei *lavoratori eletti a svolgere pubbliche funzioni*, i quali hanno appunto diritto di *conservare il proprio posto di lavoro*;
- i) **sciopero:** è vietato (art. 15, L. 300/1970) il licenziamento dei *lavoratori che partecipano ad azioni di sciopero*.

L'arco di tempo durante il quale il datore di lavoro non può recedere dal rapporto di lavoro è chiamato **periodo di comporta**.

Nel caso della *malattia* si deve distinguere tra unica malattia (cd. *comporto unitario*) e somma di singoli periodi morbosi (cd. *comporto per sommatoria*) che superano il periodo di comporta. In tale ultimo caso è la contrattazione collettiva che ne determina l'ammissibilità e l'arco di tempo all'interno del quale è possibile effettuare la sommatoria. In mancanza di espressa previsione contrattuale, si è discusso sulla possibilità del datore di procedere al licenziamento nell'ipotesi del susseguirsi di più periodi di malattia ciascuno dei quali inferiore al periodo di comporta (cd. *eccessiva morbilità*). La giurisprudenza a partire dagli anni '90, pur confermando in linea generale il principio della non licenziabilità del lavoratore in caso di eccessiva morbilità, ha tuttavia precisato che la valutazione dei singoli casi di specie è rimessa al giudice il quale, in assenza di disposizioni di natura contrattuale, deciderà secondo *criteri equitativi* «procedendo alla sommatoria delle assenze ai fini del comporta ragionevolmente determinato» (Cass. sent. nn. 7187/90, 153/91, 10131/93, 7868/94).

Secondo la giurisprudenza, il recesso del datore di lavoro nell'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, sia nel caso di *una sola affezione continuata* che in quello del succedersi di *diversi episodi morbosi*, è *soggetta alle regole dettate dall'art. 2110 c.c., che prevalgono, per la loro specialità, sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali*. «Ne consegue che il datore di lavoro, da un lato, non può recedere dal rapporto prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cd. periodo di comporta), il quale è predeterminato per legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi, oppure, in difetto di tali fonti, determinato dal giudice in

via equitativa, e, dall'altro, che il *superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso*, nel senso che non è necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse» (Cass. 28-1-2010, n. 1861).

Il superamento del periodo di comporto *non implica tuttavia la risoluzione automatica del rapporto*, sicché il datore di lavoro, successivamente alla scadenza del comporto, ha comunque l'obbligo di recedere dal contratto nel *rispetto delle forme prescritte* (Cass. 24-8-2004, n. 16696).

5. Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento

Ai sensi dell'art. 1 della L. 604/1966, il licenziamento nel **rapporto di lavoro a tempo indeterminato** non può che essere intimato che per *giusta causa o giustificato motivo*, quest'ultimo distinto dalla dottrina e giurisprudenza nelle ipotesi di giustificato motivo *soggettivo* ed *oggettivo*.

L'**onere della prova** della sussistenza della *giusta causa* o del *giustificato motivo* di licenziamento spetta al *datore di lavoro* (art. 5, L. 604/1966), mentre il *lavoratore* deve dimostrare soltanto l'avvenuto *licenziamento*.

L'accertamento giudiziale dell'assenza di una causa giustificatrice del licenziamento ne determina l'invalidità, con le conseguenze che sono analizzate nei paragrafi seguenti.

La giusta causa ed il giustificato motivo rientrano nell'ambito delle cd. *clausole generali*, di cui il giudice, in base all'art. 30, co. 1, **L. 183/2010** (cd. **collegato lavoro**), in conformità ai principi generali dell'ordinamento, deve limitarsi ad *accertare il presupposto di legittimità*, senza poter sindacare il merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che spettano al datore di lavoro.

La giusta causa ed il giustificato motivo (così come la proporzionalità della sanzione disciplinare) «sono nozioni che la legge, allo scopo di *adeguare le norme alla realtà da disciplinare*, articolata e mutevole nel tempo, configura con disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cosiddette *clausole generali*, di limitato contenuto e delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa» (Cass. 13-12-2010, n. 25144).

In particolare, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice deve tener conto delle *tipizzazioni* di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei *contratti collettivi di lavoro* (stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi) o nei *contratti individuali di lavoro certificati* secondo la procedura prevista dal D.Lgs. 276/2003 (art. 30, co. 3, L. 183/2010).

È ormai da molti anni che la contrattazione collettiva indica i casi di ciò che costituisce una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento. La *novità* della L. 183/2010 si riscontra piuttosto nel prevedere che una tale casistica possa essere inserita anche in *contratti individuali di lavoro sia pur certificati* innanzi alle Commissioni di certificazione (v. Cap. 4 § 8). La certificazione dovrebbe garantire, almeno in linea di principio, la volontarietà dell'inserimento soprattutto se avviene al momento dell'assunzione ove è difficile ipotizzare un rifiuto da parte del lavoratore.

Giurisprudenza

La **L. 183/2010** (cd. **collegato lavoro**) ha espressamente previsto che, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice deve *tener conto* delle *tipizzazioni* di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi ovvero individuali certificati.

C'è chi ha manifestato alcune perplessità sulla formulazione della norma leggendo il tentativo del legislatore di *creare un vincolo al giudice*, che certamente era evidente in quella originaria risultante dai lavori preparatori alla legge, in cui si stabiliva che il giudice dovesse «fare riferimento» alle tipizzazioni.

Viceversa il «tener conto» non dovrebbe impedire comunque al giudice di valutare il fatto concreto in maniera diversa dalla previsione contrattuale, e quindi, ad esempio, considerare un determinato comportamento del lavoratore, astrattamente configurato dal contratto come una giusta causa, come un giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Se la disposizione va così interpretata, deve ritenersi che essa ha solo inteso recepire l'orientamento già consolidato in giurisprudenza secondo cui «se la disciplina collettiva preveda un determinato comportamento come giusta causa o giustificato motivo soggettivo di recesso, il *giudice investito dell'impugnativa della legittimità del licenziamento deve comunque verificare l'effettiva gravità della condotta addebitata al lavoratore*» (v. Cass. 26-10-2010, n. 21912, Cass. 21-5-2009 n. 11846, Cass. 18-1-2007 n. 1095, Cass. 24-10-2000 n. 13983).

A) La giusta causa

La nozione di giusta causa si rinviene nell'**art. 2119 c.c.** ove è previsto che le parti possano recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, senza necessità di preavviso, «**qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto**».

Come si è già detto, nel contratto a tempo determinato, il verificarsi della giusta causa consente la risoluzione del contratto *ante tempus* (prima della scadenza). La giusta causa di licenziamento ricorre allorché il lavoratore commetta *fatti di particolare gravità* i quali, valutati soggettivamente ed oggettivamente, sono tali da configurare una grave ed irrimediabile *negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro* ed in particolare di quello *fiduciario*.

Per verificare, in concreto, l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, il giudice deve valutare la *gravità* dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla *portata oggettiva e soggettiva* dei medesimi, alle *circostanze* nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'*elemento intenzionale*, nonché la *proporzionalità* fra tali fatti e la *sanzione* inflitta, ed infine stabilire se la *lesione dell'elemento fiduciario* sia stata tale da giustificare o meno il recesso del datore di lavoro (Cass. 3-1-2011, n. 35).

La giusta causa non viene integrata esclusivamente da comportamenti costituenti notevoli inadempienze contrattuali, bensì è ravvisabile anche in **fatti e comportamenti estranei alla sfera del contratto** e diversi dall'inadempimento, purché idonei a produrre effetti riflessi nell'ambiente di lavoro ed a far venir meno la *fiducia* che impronta di sé il rapporto (in tal senso DE LUCA TAMAJO, GHERA, SCOGNAMIGLIO).

In ogni caso, la gravità delle ragioni legittima l'*interruzione immediata* del rapporto di lavoro, non gravando sul datore di lavoro l'onere di dare il preavviso.

Licenziamento per disvalore ambientale

La giurisprudenza ha riscontrato la sussistenza di una giusta causa di licenziamento nell'atto di violenza di un lavoratore nei confronti di un altro dipendente dello stesso datore, determinato da motivi connessi al lavoro, nonostante l'atto di violenza fosse stato commesso fuori della sede aziendale (Cass. sez. lav. 8-2-1993, n. 1519). È stato riconosciuto come *giusta causa* di licenziamento il comportamento del lavoratore che integra gli estremi di un **disvalore ambientale**. Tale fattispecie si realizza quando la gravità della condotta discende non solo dall'operato del dipendente in contrasto con le norme interne dell'impresa (nella specie il lavoratore aveva prelevato piccole somme dalla cassa dello stabilimento, affidata alla sua responsabilità, senza autorizzazione e in assenza di giustificativo di spesa, omettendo, poi, di restituirle), ma anche dalla *posizione di responsabilità* rivestita dal medesimo all'interno dell'organizzazione aziendale. Infatti, indipendentemente dal danno economico arrecato, il comportamento illecito del dipendente che rivesta una posizione apicale è *grave* poiché danneggia l'impresa in quanto costituisce un «*modello diseducativo* o comunque disincentivante nei confronti degli altri dipendenti della compagine aziendale, specialmente se a lui sotto ordinati», proveniente proprio da chi invece «avrebbe dovuto dimostrare il massimo esempio di correttezza sul lavoro» (Cass. sez. lav. 4-12-2002, n. 17208).

B) Il giustificato motivo soggettivo

Ricorre tale ipotesi, secondo l'**art. 3 L. 604/1966**, allorché sussiste un «**notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro**». Poiché la norma parla esplicitamente di «inadempimento», i fatti che possono integrare il giustificato motivo soggettivo possono essere costituiti esclusivamente da *comportamenti attinenti il rapporto contrattuale* (5), non quindi fatti anche esterni al rapporto di lavoro, come invece si è visto ricorrere per l'ipotesi di giusta causa.

L'inadempimento costituente giustificato motivo è caratterizzato da una *minore gravità quantitativa* rispetto all'inadempimento integrante la giusta causa di recesso, ma deve essere pur sempre *notevole*, altrimenti l'inadempimento degli obblighi contrattuali potrà essere sanzionato esclusivamente con misure disciplinari meno gravi.

Inoltre l'inadempimento deve essere dovuto *a colpa del prestatore*, in quanto altrimenti si tratterebbe di impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto attinente il lavoratore.

Sta di fatto che la minor gravità del comportamento integrante il giustificato motivo soggettivo rispetto alla giusta causa, fa sì che mentre in quest'ultimo caso il licenziamento è in *tronco* (*immediato e senza preavviso*), se il licenziamento è intimato per giustificato motivo soggettivo,

(5) Ad esempio non consente il licenziamento, per giustificato motivo soggettivo, la condanna del lavoratore con sentenza di «patteggiamento» per fatti estranei al rapporto di lavoro (Cass., sez. lav. 2-4-1996, n. 3038).

le ragioni che sostengono il recesso, pur se rilevanti, *non sono tali da escludere il preavviso* che invece è dovuto (salvo diverso accordo o il pagamento dell'indennità sostitutiva) (v. anche succ. 6).

Giurisprudenza

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

Da tale impostazione se ne fa conseguire l'ammissibilità della conversione, ad opera del giudice, del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo, in quanto al fatto addebitato al lavoratore può essere attribuita la minore gravità propria di quest'ultimo tipo di licenziamento (Cass. 10-8-2007, n. 17604).

C) Il giustificato motivo oggettivo

Secondo l'**art. 3, L. 604/1966**, il licenziamento può essere intimato per **fatti inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa**.

Secondo unanime dottrina, il giustificato motivo oggettivo può rappresentare sia la conseguenza di una *libera scelta del datore* finalizzata ad un nuovo e diverso assetto dell'organizzazione aziendale o del processo produttivo, sia una conseguenza del verificarsi di *fatti attinenti la sfera del lavoratore* che si ripercuotono nel contesto aziendale.

Nel primo caso vanno ricomprese tutte quelle esigenze dell'attività aziendale che «non debbono necessariamente presentare i caratteri della eccezionalità, dell'imprevedibilità e della permanenza, ma è sufficiente che riguardino anche solo ordinarie variazioni del normale andamento dell'impresa, purché effettive e non fittizie e tali da non essere compatibili con l'utilizzazione del personale divenuto superfluo in altre mansioni equivalenti a quelle che già gli erano proprie» (Cass. 2-2-1988, n. 986).

Nel secondo caso, l'inadempimento del lavoratore dovuto ad eventi attinenti la sua persona, e tuttavia non determinati da comportamenti colposi (il che altrimenti legittimerebbe il licenziamento per giustificato motivo soggettivo), si configura come un caso di *impossibilità sopravvenuta della prestazione* che, secondo i principi di diritto comune (art.1464 c.c.), può determinare il recesso della controparte che *non abbia più interesse alla prosecuzione del rapporto*.

Nel caso del giustificato motivo oggettivo la legge riconosce una prevalenza delle esigenze dell'impresa, *ex art. 41 Cost.*, rispetto a quelle del lavoratore alla conservazione del posto.

Infatti, è rimesso alla *valutazione del datore di lavoro* il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, «senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.», potendo e dovendo solo controllare la reale *sussistenza, l'effettività e la non pretestuosità* del motivo addotto dal datore di lavoro (Cass. 30-11-2010, n. 24235).

È, peraltro, a carico del datore di lavoro l'*onere di dimostrare* l'effettività delle ragioni poste a base del licenziamento e l'*impossibilità di una diversa proficua utilizzazione* dei lavoratori licenziati (cd. **obbligo di repêchage**) (6): in pratica il licenziamento deve risultare come *extrema ratio* rispetto alle circostanze verificatesi (MAZZIOTTI, GALANTINO).

Il licenziamento determinato da giustificato motivo oggettivo, allorché investe una pluralità di lavoratori, non costituisce una ipotesi di *licenziamento collettivo*, il quale ai sensi dell'art. 11, L. 604/1966 è sottratto alla normativa vincolistica in tema di recesso (per una più puntuale differenza tra licenziamento plurimo individuale e licenziamento collettivo v. *amplius* Sez. II).

6. La procedura di intimazione del licenziamento

A) Aspetti procedurali

La *procedura per l'intimazione del licenziamento* trova la sua disciplina nell'**art. 2, L. 604/1966** come novellata dalla L. 108/1990. Si articola nelle seguenti fasi:

- il licenziamento deve essere intimato dal datore di lavoro in **forma scritta** (7).

Forma *orale* è ammessa per i licenziamenti dei lavoratori *domestici*, dei lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici (Cass. 7359/2005), e dei lavoratori *in prova* (Cass. 10834/2000);

- la **motivazione** del recesso non deve necessariamente essere enunciata nell'atto di intimazione del licenziamento; il prestatore di lavoro *può chiedere*, entro 15 giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso;
- il datore di lavoro, nei 7 giorni dalla richiesta del lavoratore, deve **comunicare per iscritto i motivi** che, una volta enunciati, in modo preciso ed analitico, sono *immutabili*.

Le predette modalità devono essere osservate in caso di *licenziamento non disciplinare*, in quanto per quello *disciplinare* (su cui v. *amplius* succ. § 7) il datore di lavoro è tenuto all'osservanza anche delle formalità previste dall'art. 7 della L. 300/1970.

(6) Il datore deve verificare l'utilità dello svolgimento delle mansioni residue da parte del lavoratore anche in caso di *soppressione parziale* della prestazione lavorativa (Cass. sez. lav. 16-3-2007, n. 6229). L'onere del datore di lavoro, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di provare l'impossibilità di repêchage del lavoratore licenziato deve essere contenuto «nei limiti della ragionevolezza e delle contrapposte deduzioni delle parti» (Cass. sez. lav. 21-3-2003, n. 4187); inoltre, l'obbligo di repêchage *non* sussiste in caso di *soppressione di una parte dell'azienda* (Cass. 9-5-2002, n. 6667).

(7) L'onere della forma scritta è assolto anche se la *volontà* del licenziamento è *manifestata in modo implicito o indiretto*, ad es. con l'atto di liquidazione del *trattamento di fine rapporto* (Cass. 17-6-1996, n. 6900), ovvero con la consegna del *libretto di lavoro* (Cass. 17-3-2009, n. 6447), in quanto *non* è richiesto l'utilizzo di formule sacramentali (Cass. 13-8-2007, n. 17652).

La revoca del licenziamento

Il datore ha la possibilità di revocare il licenziamento, ma la revoca *non produce effetti* se non viene **accettata** dal lavoratore «non essendo sufficiente la revoca unilaterale che, in quanto tale, non è sufficiente a ripristinare automaticamente il rapporto» (Cass. 11638/2004).

Inoltre, sia per la revoca che per l'accettazione vige il principio della *libertà della forma*, per cui non deve necessariamente essere rispettata la forma scritta, con la conseguenza che entrambe possono avvenire anche *tacitamente* (Cass. 5929/2008).

B) Il preavviso

Nel rapporto di lavoro *a tempo indeterminato*, nel caso di licenziamento per giustificato motivo, il datore di lavoro deve dare al lavoratore il **preavviso** del recesso stesso (art. 2118 c.c.).

L'istituto del preavviso risponde all'elementare esigenza che la parte che patisce il recesso non si trovi all'improvviso di fronte alla rottura del contratto (PERA) e, nel caso di licenziamento, svolge la funzione di permettere al prestatore di avere il tempo per *procurarsi un'altra occupazione* (Cass. 3-4-1980, n. 2188).

La **durata** del periodo di preavviso è stabilita dai *contratti collettivi di categoria* e varia in relazione alle qualifiche e all'anzianità dei lavoratori. Durante il periodo di preavviso, il *rapporto di lavoro continua normalmente* con la conseguenza che le parti (ivi compresa quella recedente) sono tenute ad osservare tutti gli obblighi ad esso connessi.

Di conseguenza, durante il periodo di preavviso deve essere *eseguita la prestazione* (ed infatti si dice che «il preavviso deve essere *lavorato*») e *pagata la retribuzione*.

La prestazione deve essere *effettivamente eseguita* per cui i giorni di ferie maturati e *non consumati* non possono essere portati a decurtazione del periodo di preavviso dovuto (l'art. 2109 c.c. stabilisce che il periodo di preavviso *non* può essere computato ai fini delle ferie e rimane *sospeso* se dopo la comunicazione interviene la malattia, l'infortunio o la gravidanza del prestatore). Il periodo di *preavviso lavorato* è computato ad ogni effetto ai fini dell'anzianità.

Se il datore di lavoro *rinuncia* al preavviso, il rapporto si *interrompe*, ma egli deve pagare al lavoratore un'indennità pari alle retribuzioni cui il lavoratore avrebbe avuto altrimenti diritto (cd. *indennità sostitutiva del preavviso*).

Se il licenziamento avviene per *giusta causa*, verificandosi un evento addebitabile al lavoratore che non consente la prosecuzione del rapporto di lavoro neanche provvisoriamente, i termini di preavviso *non devono essere osservati*, il lavoratore *non* deve continuare ad effettuare la prestazione e *nessuna indennità* gli deve essere corrisposta.

C) L'indennità in caso di morte

L'**art. 2122 c.c.** stabilisce che, *in caso di morte del lavoratore*, il trattamento di fine rapporto (su cui v. *amplius* Cap. 16) e l'indennità di mancato preavviso

spettano al **coniuge**, ai **figli** e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai **parenti entro il terzo grado** e agli **affini entro il secondo**; in questo caso la ripartizione dell'indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il *bisogno attuale* di ciascuno.

Tale indennità costituisce un *diritto* proprio dei congiunti del lavoratore defunto e non, quindi, un cespite ereditario; ne consegue che non sono dovute tasse di successione.

In mancanza dei beneficiari di cui sopra l'indennità viene attribuita secondo le regole della *successione* testamentaria o legittima.

È da considerarsi nullo ogni patto *anteriore alla morte* del prestatore circa l'attribuzione e la ripartizione dell'indennità.

7. Il licenziamento disciplinare

Ai sensi dell'**art. 7, co. 4, L. 300/1970** (Statuto dei Lavoratori) «*fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro*».

Dalla lettera della norma è scaturito un duplice **problema interpretativo**:

— se il licenziamento *può essere qualificato tra le sanzioni disciplinari* e, se sì, se esso deve essere necessariamente *previsto nel codice disciplinare*.

Il dubbio nasce dalla formulazione dell'art. 7, co. 4, St. Lav., che nel dichiarare *ferme* le disposizioni della L. 604/1966, sembra voler *mantenere* la regolamentazione del licenziamento nell'ambito della medesima legge e riservare le garanzie procedurali stabilite per le sanzioni disciplinari *soltanto a quelle conservative del rapporto*;

— da quale tipo di *garanzie procedurali* può essere tutelato il lavoratore licenziato per motivi disciplinari (*solo* quelle della L. 604/1966 o *anche* quelle previste dall'art. 7, St. Lav.).

La differenza è rilevante sul piano del *livello* di tutela accordato al lavoratore. Per chiarezza, è opportuno ricordare quali sono le *regole* alle quali l'art. 7 St. Lav. subordina l'irrogazione della sanzione disciplinare: predeterminazione delle infrazioni sanzionabili (co. 1), preventiva contestazione dell'addebito al lavoratore e diritto di difesa (co. 2), diritto di assistenza sindacale del lavoratore (co. 3), limite alle sanzioni (co. 4), decorrenza di 5 giorni per l'applicazione delle sanzioni più gravi (co. 5), possibilità di promuovere l'intervento di un collegio di conciliazione extragiudiziale (co. 6), sospensione della sanzione per mancata partecipazione del datore al tentativo di conciliazione (art. 7) e limite alla rilevanza della recidiva (co. 8).

Entrambe le questioni sono state risolte con l'intervento della **Corte Costituzionale** che, con **sent. 29-11-1982, n. 204**, ha dichiarato l'*illegittimità costituzionale* dei commi primo, secondo e terzo dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, se interpretati nel senso che sono «*inapplicabili ai licenziamenti disciplinari*».

La sent. 204/1982 della Corte Costituzionale ha fatto sì che si affermasse la nozione del **licenziamento ontologicamente disciplinare**: il licenziamento deve essere considerato la *più grave delle sanzioni disciplinari* da comminarsi a seguito di *un notevole e colpevole inadempimento del prestatore*, coprendo così «per intero l'area del licenziamento per giustificato motivo soggettivo e quasi totalmente quella del licenziamento per giusta causa» (DE LUCA TAMAJO).

Non assume natura disciplinare il licenziamento intimato per giusta causa, ma per fatti che *non costituiscono inadempimento* (es. fatti inerenti alla vita privata del lavoratore nella misura in cui siano però idonei ad inficiare il rapporto fiduciario che è alla base del rapporto di lavoro), o per giustificato motivo oggettivo.

Dal punto di vista delle **garanzie procedurali** l'intervento della Corte Costituzionale ha fatto sì che i primi tre commi dell'art. 7, L. 300/1970 (predeterminazione delle sanzioni disciplinari, preventiva contestazione dell'addebito e diritto di assistenza per la difesa) **devono essere applicati ai licenziamenti disciplinari** in ogni caso, cioè *anche in assenza di un loro espresso richiamo da parte della contrattazione collettiva*.

Tuttavia, l'onere di pubblicità previsto dal comma 1 dell'art. 7 incombe solo qualora il datore di lavoro abbia previsto *fattispecie particolari* integranti la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo (Cass. 11242/1993). Ciò perché, ricorrendo determinate ipotesi accomunate dalla *gravità* del comportamento del lavoratore, la facoltà di licenziare deriva *direttamente* dalla legge e non obbliga, pertanto, ad alcuna preventiva pubblicità. Non si ritiene, infatti, necessaria la previsione nel codice disciplinare, e la relativa affissione, delle violazioni integranti un reato o delle elementari regole della vita civile (Cass. 56/2007).

Viceversa la Suprema Corte ha subordinato l'applicazione delle *garanzie procedurali dei successivi commi dell'art. 7 St. Lav.* (co. 4-8) alla espressa inclusione, ad opera della contrattazione collettiva, del licenziamento tra le «sanzioni» (Cass. Sez. Un. 4823/87 e 9302/87).

Differenze

In definitiva, mentre per il *licenziamento non disciplinare* l'indicazione dei motivi può *sequire* o essere contestuale alla comunicazione del recesso, per il *licenziamento disciplinare* la contestazione dei fatti deve *precedere* l'adozione del provvedimento espulsivo.

Solo dopo aver comunicato al lavoratore inadempiente, tempestivamente e con precisione, le ragioni che inducono l'impresa ad adottare un provvedimento disciplinare e solo dopo che questi abbia esposto, anche con l'assistenza di un sindacato, le proprie controdeduzioni, il datore può legittimamente adottare la sanzione del licenziamento nel rispetto delle ulteriori modalità previste dalla L. 604/1966 (forma scritta dell'atto e comunicazione dei motivi se richiesti dal prestatore) (MAZZIOTTI).

Un ulteriore effetto della sentenza della Corte Costituzionale è stato quello di estendere le garanzie dell'art. 7, co. 2 e 3, St. Lav. anche ai **lavoratori della**

cd. area della libera recedibilità, con il diritto degli stessi ad essere preventivamente informati delle *motivazioni* del provvedimento di recesso e a potersi difendere.

Al riguardo, parte della dottrina, osservando che «le garanzie statutarie non hanno carattere meramente formale, ma appaiono funzionali alla verifica giudiziale della *fondatezza delle sanzioni adottate dal datore di lavoro*» (GALANTINO), evidenzia come l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 7, co. 2 e 3, anche ai *lavoratori soggetti al recesso ad nutum* abbia reso tale ultima fattispecie del tutto residuale.

Nel caso in cui il licenziamento disciplinare sia adottato *senza il rispetto delle garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto*, esso dovrà considerarsi sostanzialmente **ingiustificato** con conseguente applicabilità del regime di tutela *reale od obbligatoria*, secondo la dimensione aziendale (su cui v. succ. § 9).

Il licenziamento disciplinare del dirigente

Sull'applicabilità delle garanzie procedurali dell'art. 7 della L. 300/1970 anche nel caso di licenziamento del dirigente, la giurisprudenza non solo non ha adottato per moltissimo tempo un orientamento univoco, ma ha assunto posizioni diverse a seconda se il dirigente è in posizione apicale, media o minore o convenzionale.

Così se a partire dagli anni '90 si giunge a ritenere applicabili ai dirigenti le suddette garanzie, con la *sentenza 29-5-1995, n. 6041*, la Corte di Cassazione sancisce il *principio* per cui «gli obblighi della preventiva contestazione e dell'attribuzione di un termine a difesa ex art. 7 L. 300/1970 non riguardano il licenziamento del dirigente», inteso come l'*alter ego dell'imprenditore* (cd. dirigente apicale), ovvero come colui che esercita i poteri propri di quest'ultimo. Per il licenziamento invece dei dirigenti medi o bassi le garanzie dovevano essere osservate (Cass. 10058/2005).

Un *nuovo orientamento* si ha poi nel 2003, allorché la giurisprudenza (Cass. 5213/2003) ritiene applicabili i predetti obblighi «anche in caso di licenziamento disciplinare del dirigente di azienda, a prescindere dalla specifica posizione, di vertice o non di vertice, dallo stesso occupata nell'ambito dell'azienda».

Le diverse posizioni vengono ricomposte dalle *Sezioni Unite della Cassazione* (*sent. 7880/2007*) che riconduce ad *unità la categoria dei dirigenti* (senza più distinzioni fra alta, media e bassa dirigenza) alla quale ritiene applicabili le garanzie dell'art. 7, L. 300/1970. Tale posizione è stata confermata anche da Cass. 5864/2010.

8. L'impugnazione del licenziamento

La L. 604/1966 disciplina le modalità di impugnazione del licenziamento che il lavoratore deve seguire se intende contestarne la legittimità.

La **L. 183/2010**, cd. **collegato lavoro** (art. 32), ha riformulato i primi due commi dell'art. 6 della L. 604/1966, delineando un nuovo sistema di impugnazione da applicare a **tutti i casi di invalidità del licenziamento**, compresi i licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla **qualificazione del rapporto di lavoro** o alla **legittimità del termine apposto al contratto**.

Il lavoratore, nel **termine di decadenza di 60 giorni** dalla ricezione della *comunicazione in forma scritta* del licenziamento, ovvero dalla comunicazione, *anch'essa in forma scritta*, dei motivi, se non contestuale, deve **impugnare** il licenziamento *con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la sua volontà* (8) (9).

L'art. 6, co. 1, della L. 604/1966 già prevedeva il termine di decadenza di 60 giorni di impugnazione del licenziamento, a decorrere dalla ricezione della sua comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, precisando al comma 2, che il predetto *decorre* dalla comunicazione del licenziamento ovvero dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento.

Entro i successivi 270 giorni, a pena di *inefficacia* dell'impugnazione, il lavoratore deve *depositare il ricorso giudiziale* ovvero *comunicare alla controparte la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato* (art. 6, co. 2, L. 604/1966, come modif. dalla L. 183/2010).

Si tratta di un termine *nuovo*, che *sostituisce* quello precedentemente applicato di prescrizione, con lo scopo di conferire *speditezza ai processi* e di limitare quanto più possibile il periodo di incertezza del datore di lavoro che altrimenti potrebbe attendere per anni una possibile azione del lavoratore.

La L. 183/2010 ha *trasformato* il tentativo di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.* da obbligatorio, e da esperire *prima* dell'azione giudiziaria (ponendosi come *condizione di procedibilità* dell'azione stessa), in *facoltativo* (su cui v. amplius Cap. 21).

Ci si è chiesti in proposito se l'art. 5 della L. 108/1990, che prevede espressamente il tentativo di conciliazione *obbligatorio* nel caso specifico di *impugnazione del licenziamento* rientrante nell'ambito della *tutela obbligatoria*, continui ad applicarsi o meno. Poiché all'epoca della sua emanazione vigeva la generale facoltatività del tentativo di conciliazione, tale norma si caratterizzava come *speciale* e si giustificava proprio per la particolarità delle controversie di impugnativa dei licenziamenti dell'area della tutela obbligatoria che offre una minore stabilità del rapporto di lavoro.

Senonché, tale previsione si considerò *assorbita* in quella generale dell'art. 410 c.p.c. quando fu modificato dal D.Lgs. 80/1998 che trasformò il tentativo di conciliazione da facoltativo in obbligatorio per tutte le controversie di lavoro, ritenendosi comunque che l'art. 5 restasse pienamente *in vigore* (ma non mancarono alcune *opinioni contrarie* che si espressero nel senso di un'abrogazione *implicita*).

La riforma della L. 183/2010, riportando la disciplina del tentativo di conciliazione al regime di facoltatività, pone di attualità la questione se in caso di impugnativa del licenziamento nell'area della tutela obbligatoria debba esperirsi prima dell'azione giudiziaria il tentativo di conciliazione *ex art. 5, L. 108/1990*. In dottrina non mancano opinioni in senso *positivo* (DE LUCA TAMAJO).

(8) Nel caso in cui il licenziamento viene impugnato con *lettera raccomandata*, la giurisprudenza ha stabilito che ai fini della *tempestività* dell'impugnazione è sufficiente che entro 60 giorni la lettera venga *consegnata all'ufficio postale* potendo essere recapitata al datore di lavoro anche *successivamente alla scadenza del termine* (Cass., Sez. Un., 14-4-2010, n. 8830).

(9) Il lavoratore può anche richiedere l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento.

Se la conciliazione o l'arbitrato sono *rifiutati* o non è stato raggiunto l'accordo, **entro 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo** deve essere depositato, a pena di *decadenza*, il *ricorso giudiziale*.

La L. 183/2010 inizialmente estendeva i termini di impugnazione anche ai casi di *inefficacia* del licenziamento, ovvero anche al licenziamento *orale*, per il quale giurisprudenza e dottrina hanno *univocamente* ritenuto doversi *escludere* l'applicazione del termine decadenziale per l'impugnativa. Nel corso poi del lungo e travagliato iter parlamentare che ha accompagnato l'approvazione della legge, il legislatore ha *escluso* i casi di inefficacia.

Ciò nonostante, il dibattito sul campo di applicazione dei nuovi termini vede comunque esistenti *opinioni diverse*. Vi è chi (DE LUCA TAMAJO) ritiene che il regime di impugnazione si applichi a *tutti i casi di invalidità*, ivi compresi quelli *nulli* perché discriminatori o intimati nel periodo di interdizione per matrimonio o maternità o per motivi illeciti o in frode alla legge, *ad esclusione* però dei licenziamenti *inefficaci* perché intimati oralmente. La ragione starebbe non solo nella circostanza che il legislatore ha *eliminato* nel testo approvato il riferimento a questi ultimi, ma anche perché nel modificare l'art. 6, co. 1, L. 604/1966, la L. 183/2010 espressamente fa *decorrere* il termine di impugnazione di 60 giorni dalla comunicazione «per iscritto» del licenziamento.

Diversamente (PROIA-TIRABOSCHI), si ritiene che detto termine si applichi oltre a *tutti i casi di nullità* di licenziamento di cui sopra (ivi compresi quelli motivati con il compimento dell'età ed il possesso dei requisiti per il pensionamento ovvero con il superamento del periodo di comporta o con il mancato superamento del periodo di prova) *anche al licenziamento orale*, nonostante il rilievo dell'oggettiva difficoltà di stabilire in tal caso il momento iniziale della decorrenza.

La questione del differimento dei termini del cd. milleproroghe

Una delle disposizioni più discusse della L. 183/2010 è quella che estende i termini di impugnazione del licenziamento (60 + 270) anche a *fattispecie diverse dal licenziamento*, indicate all'**art. 32 commi 3 e 4**, quali il recesso del committente nei *rapporti di co.co.co.* (anche a *progetto*), il *trasferimento del lavoratore* da un'unità produttiva ad un'altra (art. 2103 c.c.), l'azione di *nullità del termine* apposto al contratto di lavoro (ex artt. 1, 2 e 4 D.Lgs. 368/2001), la cessione del contratto di lavoro avvenuta in caso di *trasferimento di azienda* (art. 2112 c.c.), la richiesta di costituzione o di accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un *soggetto diverso dal titolare del contratto* (compresa l'ipotesi di *somministrazione irregolare*) e i *contratti a termine*, siano essi ancora in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge o già conclusi a tale data.

In particolare, in tale ultima ipotesi, la L. 183/2010 ha previsto che il termine di impugnazione di 60 giorni dovesse decorrere dal 24-11-2010, data di entrata in vigore della stessa legge, con la conseguenza che coloro che hanno voluto impugnare il contratto a termine hanno dovuto farlo *entro e non oltre il 23-1-2011*, pena la perdita del diritto di poterne far valere l'illegittimità.

Considerati il *limitato tempo* e le *rilevanti conseguenze negative* per il lavoratore in caso di intempestiva impugnazione, nonché l'*estensione* dei nuovi termini e delle modalità di impugnazione anche ad *ulteriori fattispecie*, il legislatore, in sede di conversione del D.L. 29-12-2010, n. 225, cd. **decreto milleproroghe**, ha introdotto all'art. 32 della L. 183/2010, il **comma 1bis** secondo cui «In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al *termine di sessanta giorni* per l'impugnazione del licenziamento, *acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011*» (art. 2, co. 54, L. 26-2-2011, n. 10).

La norma tuttavia presenta *molteplici criticità* (il comma 1 dell'art. 6 della L. 604/1966, come modificato dalla L. 183/2010, si riferisce, infatti, al solo termine di 60 giorni per l'impugnazione del licenziamento), tant'è che con un **ordine del giorno del 25-2-2011** la Camera dei deputati ha precisato che:

- la *ratio* delle disposizioni dell'art. 32 della L. 183/2010 è quella di garantire la *certezza del diritto* e la *speditezza dei processi* mediante l'introduzione di termini di decadenza riferiti anche a fattispecie in precedenza non assoggettate a tali termini;
- l'*effetto del comma 1bis* inserito dall'art. 2, co. 54, L. 10/2011, è quello di *differire* l'efficacia delle disposizioni *limitatamente* alla fattispecie del licenziamento di cui all'art. 6, co. 1, L. 604/1966;
- l'interpretazione del predetto comma 1bis *non comporta anche il differimento dell'applicazione dei termini decadenziali anche alle altre fattispecie* di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 32 della L. 183/2010.

Viene infine sollecitato l'*impegno del Governo* «a emanare disposizioni in tal senso, al fine di evitare ogni possibile incertezza interpretativa, attraverso l'esplicitazione della permanenza dell'obbligo di impugnare, entro i termini di decadenza previsti» qualora ricorrano le *ulteriori fattispecie* di cui sopra.

Allo stato, pertanto, tenuto conto che i pochi chiarimenti interpretativi derivano da un ordine del giorno privo di efficacia normativa, *non* è possibile affermare con certezza l'*effettività del differimento* ed il *relativo campo di applicazione*, dovendosi attendere l'intervento chiarificatore da parte delle competenti Autorità.

9. La disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo: tutela reale e tutela obbligatoria

A) Illegittimità del licenziamento

A seguito di impugnazione del licenziamento, nel caso in cui venga accertata l'*illegittimità del recesso*, il giudice potrà dichiarare:

- l'**inefficacia** del licenziamento, intimato senza forma scritta o senza indicazione dei motivi, ove richiesti, e pertanto, *senza il rispetto delle formalità di cui all'art. 2, L. 604/1966*;
- la **nullità** del licenziamento, indipendentemente dalla motivazione addotta, *allorché esso sia stato discriminatorio*, cioè determinato da ragioni di credo politico, fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato etc. (artt. 4, L. 604/1966 e 3, L. 108/1990), oppure determinato da *altro motivo illecito*, ad es. perché intimato in periodo di congedo per le lavoratrici madri;
- l'**annullamento** del licenziamento intimato *senza giusta causa* o *giustificato motivo* (artt. 1, L. 604/1966 e 18, L. 300/1970).

B) Conseguenze dell'illegittimità del licenziamento

La tutela che la legge fa conseguire al lavoratore illegittimamente licenziato consiste nella **conservazione del posto di lavoro e/o nel risarcimento del danno**, a seconda delle *dimensioni* dell'impresa e della *natura* dell'invalidità.

Dalla *dimensione aziendale* dipende l'applicazione di una tutela più forte (stabilità reale), nelle imprese con più di 15 dipendenti, o meno forte (stabilità obbligatoria), nelle imprese fino a 15 dipendenti.

Si distingue:

- nel caso di violazione dei *requisiti procedurali*, la conseguenza della dichiarazione di *inefficacia* del licenziamento è: la **ricostituzione giuridica del rapporto** nelle imprese fino a 15 dipendenti; la **reintegrazione del lavoratore** nelle imprese con *oltre 15* dipendenti. In entrambi i casi il lavoratore ha diritto al **risarcimento del danno** nella misura stabilita dal giudice.

Quando l'invalidità dipende da un *vizio formale o procedurale*, nulla vieta che il datore di lavoro, dopo la ricostituzione del rapporto di lavoro o la reintegrazione del lavoratore, *ripeta nuovamente l'atto di recesso* adducendo la *medesima causale* posta a fondamento del primo licenziamento (questa volta però con l'osservanza di tutte le regole formali e procedurali prescritte);

- nel caso di licenziamento *discriminatorio* o intimato per altro *motivo illecito*, la conseguenza della dichiarazione di *nullità*, indipendentemente dal numero di dipendenti dell'impresa cui appartiene il lavoratore licenziato, è sempre la **reintegrazione** nel posto di lavoro e il diritto al **risarcimento** del danno.

Inoltre il licenziamento, poiché assolutamente illecito, *non* potrà essere rinnovato dal datore di lavoro con un nuovo atto di recesso che abbia identica motivazione;

- nel caso del licenziamento *ingiustificato*, la conseguenza dell'*annullamento* è: la **reintegrazione** e il diritto al *risarcimento* del danno nelle imprese con *più di 15* dipendenti; la **riassunzione**, in alternativa, il pagamento di una indennità sostitutiva nelle imprese *fino a 15* dipendenti.

È possibile un successivo licenziamento ma fondato su motivi diversi.

C) La tutela reale

La **tutela reale** è prevista dall'**art. 18 dello Statuto dei Lavoratori** (L. 300/1970), così come modificato dall'art. 1 della L. 108/1990.

Il giudice, con la sentenza che dichiara la *inefficacia* o la *nullità* o che *annulla* il licenziamento, ordina la **reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro**. Inoltre è tenuto a condannare il datore di lavoro al **risarcimento del danno** patito dal dipendente, liquidando un'*indennità* commisurata alla retribuzione globale di fatto, dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (nonché al versamento dei contributi previdenziali); in ogni caso la misura del risarcimento *non potrà essere inferiore alle 5 mensilità* (10).

(10) L'entità del risarcimento *deve essere ridotta* in ragione di ciò che il lavoratore ha percepito come corrispettivo di un'altra occupazione trovata nelle more della causa (cd. *aliunde perceptum*) (Cass. sez. un. 3-2-1998, n. 1099). Poiché l'*aliunde perceptum* deve avere origine nell'*impiego* della capacità lavorativa del prestatore, non può determinare la riduzione del risarcimento un eventuale reddito da pensione nelle more percepito (Cass. 19-5-2000, n. 6548).

La previsione che l'indennità debba essere pagata *dal giorno del licenziamento fino al giorno della reintegrazione* «ha anche una funzione di coazione indiretta all'adempimento da parte del datore di lavoro» (GALANTINO). In pratica, l'ottemperanza del datore alla sentenza di reintegrazione emanata dal giudice richiede di porre in essere tutti gli atti idonei a consentire al lavoratore di *riprendere la propria attività lavorativa*. Trattandosi di atti non suscettibili di esecuzione coattiva, nel caso di inerzia del datore, è proprio l'obbligo di pagare a titolo di risarcimento un'indennità (commisurata alla retribuzione, più i contributi assistenziali e previdenziali spettanti al lavoratore) dal giorno del licenziamento *fino a quello della reintegrazione* a rappresentare uno stimolo perché detta reintegrazione avvenga effettivamente.

È *facoltà* del lavoratore *chiedere al datore di lavoro*, in luogo della reintegrazione, la corresponsione di un' **indennità sostitutiva della reintegrazione**, pari a 15 mensilità, che comporta la risoluzione del rapporto di lavoro.

Tale indennità, in quanto alternativa alla reintegrazione, si *somma* a quanto dovuto a titolo di risarcimento (11).

La tutela nel caso di licenziamento illegittimo nelle imprese di tendenza

La tutela reale *non si applica* ai dipendenti di enti o organizzazioni di tendenza, cioè di datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, di religione o di culto (art. 4, L. 108/1990). Nei casi di *illegittimità* del licenziamento tali lavoratori sono tutelati sempre con le disposizioni dell'art. 8, L. 604/1966 (*tutela obbligatoria*) indipendentemente dal numero dei lavoratori in forza (Cass. 7837/2005 e 6191/1997).

L'esclusione riguarda però soltanto i lavoratori per i quali, in ragione della *natura* delle mansioni svolte, «*la fedeltà ideologica è dedotta espressamente nell'obbligazione contrattuale di lavoro*» (GALANTINO) (es. il personale *docente* di un istituto religioso), e *non* i dipendenti cd. *neutrali*, cioè coloro che *non* svolgono mansioni funzionali a caratterizzare la tendenza dell'ente (es. il personale *amministrativo* dell'istituto religioso) ed ai quali deve essere applicata la tutela reale.

D) La tutela obbligatoria

La **tutela obbligatoria** è prevista dall'**art. 8 L. 604/1966**, così come sostituito dall'art. 2 della L. 108/1990.

Con la sentenza che annulla il licenziamento, non ricorrendo la giusta causa o il giustificato motivo, il datore di lavoro è condannato a **riassumere il lavoratore entro tre giorni** oppure a **risarcire il danno** da questi patito, versandogli un'*indennità* di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti (l'indennità è maggiorata fino a 10 o 14 mensilità per dipendenti di elevata anzianità di servizio).

(11) Il lavoratore può essere reintegrato sia a seguito di un giudizio ordinario, che dopo una *procedura d'urgenza* (art. 700 c.p.c.). In tale ultimo caso, nel procedimento ordinario che segue, il lavoratore può sempre chiedere al posto della reintegrazione, l'indennità sostitutiva di cui al 5° comma dell'art. 18, L. 300/190 (Cass. sez. lav. 16-6-1998, n. 6005).

La **L. 183/2010** (art. 30, co. 3) ha altresì stabilito che il giudice, nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento, per determinare l'**entità dell'indennità risarcitoria** tiene ugualmente degli *elementi* e dei *parametri* fissati dai contratti collettivi, nonché dai contratti individuali certificati e comunque considera:

- le *dimensioni* e le *condizioni dell'attività* esercitata dal datore di lavoro;
- la *situazione del mercato del lavoro locale*;
- l'*anzianità* e le *condizioni del lavoratore*;
- il *comportamento delle parti* anche prima del licenziamento.

La L. 183/2010, dunque, attribuisce ai contratti collettivi e a quelli individuali certificati il *duplice compito* di tipizzare le ipotesi di licenziamento (v. prec. § 5) e di fissare i criteri di determinazione del risarcimento del danno alternativo alla riassunzione nei casi di licenziamento ingiustificati rientranti nell'area della tutela obbligatoria.

La Corte costituzionale ha, chiarito che il lavoratore delle piccole imprese al quale è applicata la tutela obbligatoria, qualora ingiustamente licenziato, ha diritto al risarcimento del danno subito *anche se abbia rifiutato la riassunzione offerta dall'azienda* e ciò onde evitare ingiuste discriminazioni rispetto ai dipendenti delle imprese di maggiore dimensione i quali godono della più favorevole *tutela reale* (Corte Cost. 23-2-1996, n. 44).

Differenze

Le distinzioni tra la tutela reale apprestata dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e la tutela obbligatoria prevista dall'art. 8 della L. 604/1966 sono molteplici.

Comune denominatore, e presupposto, delle due discipline è l'*accertamento giurisdizionale dell'illegittimità del licenziamento*. Se il giudice accerta che il licenziamento è illegittimo, scatta il sistema di tutela previsto dall'ordinamento, *differenziato* a seconda che il lavoratore appartenga ad un'impresa con 15 dipendenti o più.

Nella **tutela reale**, la reintegrazione implica che l'atto di licenziamento illegittimo *non produce alcun effetto sul rapporto di lavoro* che si considera come mai risolto, senza *alcuna interruzione né sotto il profilo contributivo ai fini pensionistici, né sotto l'aspetto dell'anzianità aziendale* ai fini della carriera o di diritti (maggiorazioni, scatti di anzianità etc.) che dipendono da un certo numero di anni di lavoro. Il lavoratore, se non desidera essere reintegrato nel posto di lavoro, può optare per una somma di denaro (15 mensilità) (tale scelta *spetta solo al lavoratore* e non al datore).

In ogni caso (reintegrazione o scelta per l'indennità sostitutiva) il lavoratore ha diritto ad una *somma a titolo risarcitorio non inferiore a 5 mensilità* ed il cui ammontare dipende dal momento dell'effettiva reintegra (corrisponde infatti alla retribuzione giornaliera per il numero di giorni intercorsi dal licenziamento al giorno della reintegrazione).

Nella **tutela obbligatoria**, si determina un'obbligazione *alternativa* in capo al datore di lavoro a cui è data *facoltà di scelta* tra la *riassunzione* o il pagamento di una *indennità* (è il *datore che sceglie*).

Nel caso della *riassunzione*, non sono comunque inficiate *l'efficacia e la validità dell'atto di licenziamento*: il rapporto di lavoro originario è *definitivamente risolto* e si costituisce un *nuovo* rapporto, considerato tale sia nei confronti degli enti previdenziali, sia ai fini dell'anzianità aziendale.

Nel **secondo** caso, l'importo della somma di denaro che il datore di lavoro deve pagare è predeterminato e varia da 2,5 e fino a 6 mensilità (massimo 14).