UGL FEDERAZIONE NAZIONALE Autoferrotranvieri

ALESSANDRO VELTRI

DIRITTO DEL LAVORO: PROFILI APPLICATIVI E CASI PRATICI (PARTE I, IL LICENZIAMENTO)

ALESSANDRO VELTRI

DIRITTO DEL LAVORO:
PROFILI APPLICATIVI E CASI PRATICI
(PARTE I, IL LICENZIAMENTO)

DIRITTO DEL LAVORO
PROFILI APPLICATIVI E CASI PRATICI
PARTE I, LICENZIAMENTI INDIVIDUALI E COLLETTIVI.

© Alessandro Veltri. 2016.
Tutti i diritti riservati.
Riproduzione riservata.

Capitolo I
La risoluzione del rapporto di lavoro: aspetti procedimentali e processuali.

1. Premessa: Dimissioni e Risoluzione consensuale.
2. Termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento (art. 1, comma 38, modifica art. 6, comma 2, l. n. 604 del 1966).
3. Revoca del licenziamento.
4. Natura e ambito di applicazione del nuovo rito del lavoro.
5. Il rito sommario di cognizione.
6. La fase di opposizione.
7. Impugnazione: reclamo e ricorso per Cassazione.

Capitolo II
I Licenziamenti nella l. n. 92 del 2012 e nel Jobs Act

1. Premessa.
2. Il licenziamento discriminatorio e nullo.
2.1 ..nel Jobs Act.
3. Il licenziamento disciplinare, per giusta causa e giustificato motivo soggettivo.
4. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.
4.1 Focus: tentativo di conciliazione. –
4.2 Il licenziamento per scarso rendimento ed il superamento del comporto.
5. Il licenziamento disciplinare e per motivi oggettivi nel Jobs Act.
6. La tutela degli assunti post 2015 nelle imprese sotto i requisiti dimensionali dell'art. 18.
7. Focus: Offerta di conciliazione.
8. Il licenziamento *ad nutum.*

Capitolo III
L'impatto del Jobs Act sulla disciplina dei licenziamenti collettivi

1. La Nozione Di Licenziamento Collettivo E Le Fattispecie Discipplinate Dalla Legge N. 223/1991.
2. Profilo causale dei licenziamenti collettivi.
3. Contenuto generale e finalità delle procedure.
4. I criteri di scelta.
5. I rimedi contro i licenziamenti illegittimi o inefficaci.
6. Il sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi alla luce della legge n.183 del 2014 (c.d. Jobs act).

Capitolo I
La risoluzione del rapporto di lavoro: Aspetti procedimentali e processuali

SOMMARIO: 1. Premessa: Dimissioni e Risoluzione consensuale. 2.Termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento (art. 1, comma 38, modifica art. 6, comma 2, l. n. 604 del 1966). –3.Revoca del licenziamento. –4. Natura e ambito di applicazione del nuovo rito del lavoro. - 5. Il rito sommario di cognizione. - 6. La fase di opposizione. - 7. Impugnazione: reclamo e ricorso per Cassazione.

1. Premessa: Dimissioni e Risoluzione consensuale.

L'estinzione del rapporto di lavoro può derivare sia dalla volontà del lavoratore (con o senza quella del datore di lavoro), sia dalla volontà del datore di lavoro, sia da una serie di altri fatti oggettivi (morte del lavoratore, raggiungimento della pensione, morte del datore di lavoro, ove non permanga l'organizzazione in cui è inserito il lavoratore.) che determinano l'estinzione del rapporto a prescindere dalla volontà delle parti.
In particolare, il rapporto può estinguersi anche per volontà del lavoratore, espressa mediante **mutuo dissenso**, che dà luogo a risoluzione consensuale del rapporto (si vedano sul punto gli artt. 1321 e 1372 c.c.) o mediante **dimissioni**.
Si tratta di un **atto negoziale unilaterale** (in quanto espressione della volontà di una sola delle parti) e **recettizio** (ovvero destinato a produrre effetti dal momento in cui pervenga a conoscenza del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 1334 c.c.). La disciplina delle dimissioni varia a seconda del contesto contrattuale in cui si inseriscono. Occorre, infatti, distinguere fra rapporti di lavoro **a tempo determinato** ed **a tempo indeterminato**.
In caso di contratto a **tempo determinato**, il lavoratore (così come il datore di lavoro) può recedere prima della scadenza del termine solo in presenza di una ***giusta causa*** (art. **2119** c.c.).
Integra una **giusta causa** di dimissioni quella che ***non consente la prosecuzione, nemmeno provvisoria, del rapporto di lavoro***.
Si tratta, per lo più, di **gravi inadempimenti** del datore di lavoro che minano irreparabilmente la fiducia del prestatore nella regolare esecuzione del contratto,

quali, ad esempio, la violazione dell'obbligo di sicurezza o il mancato versamento della retribuzione per almeno 3 mensilità.
Nell'ambito dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato si individuano due tipologie di dimissioni: quelle ***libere con preavviso*** e quelle per ***giusta causa***.
Relativamente alle prime, l'art. **2118** c.c. prevede un regime di ***libera recedibilità*** dal contratto a tempo indeterminato a favore del lavoratore (tale regime era originariamente previsto, come si vedrà, anche in favore del datore di lavoro).
Si tratta di un'ipotesi di recesso **ad nutum**, il quale esonera il lavoratore dal dover fornire una giustificazione alla volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale.
Tuttavia è richiesto che le dimissioni siano date nel rispetto di un periodo di **preavviso**, la cui durata è di regola fissata dalla **contrattazione collettiva** e, in mancanza, determinata secondo gli **usi** o **equità**.
In mancanza di preavviso, il lavoratore dimissionario è tenuto al pagamento di un'**indennità sostitutiva**, equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il detto periodo di preavviso (art. 2118, comma 2).
Nel caso, invece, in cui sussista una **giusta causa**, le dimissioni possono essere rese **senza preavviso**.
Peraltro, in tal caso, al lavoratore è dovuta l'**indennità sostitutiva** del preavviso, nonostante sia proprio questi a recedere (art. 2119 c.c.).
Attualmente, la disciplina delle dimissioni è stata riformata, dopo vari interventi legislativi (fra cui quelli previsti dall'art. 4 della l. n. 92 del 2012), sempre nell'ambito della più ampia riforma del mercato del lavoro, denominata c.d. "Jobs Act".
In particolare, ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. n. 151 del 2015, ai fini di contrastare il fenomeno delle dimissioni "in bianco", viene prevista una nuova procedura, interamente telematica, con cui i lavoratori dovranno comunicare le dimissioni o la risoluzione consensuale ai propri datori di lavoro e alle Direzioni Territoriali del Lavoro competenti.
Tale procedura, prevista a pena di inefficacia delle dimissioni stesse, è attuata con le modalità stabilite dal Decreto Ministeriale del 15 dicembre 2015 ed è pienamente operativa a partire dal 12 marzo 2016.
Il modello è disponibile on line sul portale lavoro.gov.it. Per comunicare le proprie dimissioni (o risoluzione consensuale), il lavoratore deve registrarsi su Cliclavoro e richiedere il PIN INPS o, in alternativa, accedere attraverso un soggetto abilitato, come patronati, CAF, sindacati ecc.
La procedura consente anche la revoca delle dimissioni da parte del lavoratore.
Infatti, entro sette giorni dalla data di trasmissione del modulo di cui al comma 1 il lavoratore ha la facoltà di revocare le dimissioni e la risoluzione consensuale con le medesime modalità.
Salvo che il fatto costituisca reato, il datore di lavoro che alteri i moduli di cui al comma 1 è punito con la sanzione amministrativa da euro 5.000 ad euro 30.000.

L'accertamento e l'irrogazione della sanzione sono di competenza delle Direzioni territoriali del lavoro. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689.
Le procedure in questione non sono applicabili al lavoro domestico e nel caso in cui le dimissioni o la risoluzione consensuale intervengono nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile (enti bilaterali, sindacati, etc.)o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003.
Diverse sono invece le procedure previste per la tutela della genitorialità, onde evitare le dimissioni di lavoratrici/lavoratori.
Ai sensi dell'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001, in caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma dell'articolo 54, il divieto di licenziamento, la lavoratrice madre/ lavoratore padre che abbia usufruito del congedo di paternità (o i genitori adottanti o affidatari di minore, entro un anno dall'ingresso del bambino nella casa parentale), ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento.
La lavoratrice e il lavoratore che si dimettono nel predetto periodo non sono tenuti al preavviso.
La risoluzione consensuale del rapporto o la richiesta di dimissioni presentate dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento, o, in caso di adozione internazionale, nei primi tre anni decorrenti dalle comunicazioni di fruizione del congedo, devono essere convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competente per territorio. A detta convalida è sospensivamente condizionata l'efficacia della risoluzione del rapporto di lavoro
La nuova disciplina è integrata dalla circolare del Ministero del Lavoro del 18 dicembre 2015 che prevede i nuovi moduli, più stringenti, per quanto concerne la firma delle dimissioni delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri (art. 55 del d.lgs. 151 del 2001). La compilazione di questo nuovo modulo, secondo quanto specificato dal Ministero del Lavoro nella suddetta lettera circolare, dovrà essere utilizzata a partire dall'anno 2016 in sostituzione di quella finora adottata per l'effettuazione del monitoraggio delle convalide delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri, ed è fondamentale quindi che i lavoratori conoscano bene le soluzioni alternative alle dimissioni e i loro diritti.

2. ***Termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento (art. 1, comma 38, modifica art. 6, comma 2, l. n. 604 del 1966).***

L'impugnativa del licenziamento è sottoposta ad un regime del doppio termine.
Un primo termine di impugnazione è infatti quello stragiudiziale, con il quale il lavoratore si oppone, con qualsiasi atto scritto, dotato di sottoscrizione (del lavoratore stesso o del legale cui in precedenza ha dato mandato), dotato di data certa, al licenziamento (lettera raccomandata, a.r. o r.r., pec, etc.).
Il primo termine è pari a 60 gg., che decorrono dalla data in cui il lavoratore riceve la comunicazione di licenziamento, o, se successivi, dei motivi del licenziamento.
Qualsiasi atto successivo a tale data è inefficace.
Il secondo termine è quello giudiziale, per poter instaurare il giudizio.
Il secondo termine di decadenza è pari a 180 giorni, e decorre dalla data di invio della lettera di impugnazione di licenziamento.
Tale termine è previsto per il deposito del ricorso in cancelleria o per la comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di composizione mediante conciliazione od arbitrato (precedentemente, 270 giorni, cfr. art. 32 L. n. 183 del 2010).
Il ricorso successivo viene dichiarato dal giudice improcedibile, su semplice eccezione di parte.
Il regime di decadenza opera in tutti i casi di invalidità ed inefficacia del licenziamento, per i licenziamenti intimati successivamente all'entrata in vigore della L. n. 92 del 2012 (18 luglio 2012)
Sono previsti, peraltro, casi in cui il termine non decorre.
Le esclusioni sono infatti legate ai casi di licenziamento nel quale il licenziamento sia comunicato non in forma scritta, totalmente o parzialmente, e quindi:

- Licenziamento inefficace per vizio totale di forma, intimato oralmente;
- Licenziamento parzialmente viziato per assenza di comunicazione scritta dei motivi. In tale ultimo caso il primo termine, di 60 gg., decorre dalla data della comunicazione dei motivi di licenziamento.

3. Revoca del licenziamento.

Il licenziamento può essere revocato.
La disciplina della revoca, per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, è prevista dall'art. 18, comma 10, Stat. lav., così come introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. *b*, della l. n. 92/2012.
Essa deve intervenire, con atto scritto, comunicato al lavoratore licenziato entro i 15 giorni dal ricevimento da parte del datore di lavoro della comunicazione dell'impugnazione del licenziamento.
La revoca ripristina, senza soluzione di continuità, il rapporto di lavoro.
Il lavoratore ha quindi diritto a tutta la retribuzionematurata nel periodo precedente la revoca.
Tale disciplina, ovviamente, si applica ai licenziamenti ingiustificati inefficaci, illegittimi o nulli, per i quali si applicherebbe il regime previsto dall'art. 18 St. Lav., o quello dell'art. 8 della l. n. 604 del 1966.
Nel silenzio della legge, il lavoratore non può rifiutare la revoca del licenziamento.
Pertanto, se il lavoratore non riprende il servizio, sarà considerato come assente ingiustificato e sottoposto a procedimento disciplinare, all'esito del quale potrebbe anche essere licenziato.
Differentemente, la revoca operata dopo i 15 gg. previsti dalla legge, determina la necessità del consenso da parte del soggetto interessato, venendo in applicazione i principi generali di diritto civile sulla revocabilità dell'atto unilaterale (artt. 1338 c.c. e segg.)
La revoca, pertanto, esclude l'applicazione dei regimi sanzionatori previsti dalla legge.
La medesima disciplina si applica anche per i licenziamenti nulli, inefficaci o, comunque, illegittimi intimati nei confronti di operai, impiegati o quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015 o di lavoratori ad essi assimilati (cfr., rispettivamente, il comma 1 ed i commi 2 e 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 23/2015).
Quindi, con le medesime previsioni, la revoca, disciplinata dall'art. 5 del d.lgs. n. 23 del 2015, esclude l'applicazione dei regimi sanzionatori previsti dal d.lgs. n. 23/2015.

4. Natura ed ambito di applicazione del nuovo rito del lavoro.

La disciplina del rito per le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti è dettata dall'art. 1, commi da 47 a 68.
Trattasi di un procedimento speciale, in quanto avente una disciplina diversa da quella regolata dagli artt. 413 e ss. c.p.c. , introdotto dal Legislatore al **fine di ac-**

celerare – mediante l'istituzione di una sorta di "corsia preferenziale"- la **definizione delle sole controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge n. 18/1970.**

La ratio del legislatore è pertanto quella di adeguare e conciliare il processo del lavoro, già ispirato alle **regole della oralità, della concentrazione e dell'immediatezza** con il principio costituzionale di **effettività di tutela** (art. 24 Cost.) e con quello di **certezza del diritto e di ragionevole durata del processo** (art. 111 Cost.).

Il tentativo posto in essere dal legislatore con la Riforma è appunto quello di evitare che la durata fisiologica del processo a cognizione piena possa arrecare pregiudizi potenzialmente irreparabili alle situazioni giuridiche soggettive di cui il lavoratore è titolare, conciliando tale interesse con quello proprio del datore di lavoro di conoscere, in tempi certi e ragionevoli, l'esito del giudizio.

In ordine alla natura della nuova procedura, essa si connota per la compartecipazione di regole ordinarie del rito del lavoro, regole proprie del procedimento d'urgenza, di cui agliartt. 669 bis e 700 c.p.c. e regole proprie del procedimento di repressione della condotta antisindacale, prevista dall'art. 28, l. n. 300/70.

Esso si compone:

- in primo grado di una fase sommaria e non cautelare;
- di una fase a cognizione piena, sempre dinanzi al Tribunale.

La sentenza emessa all'esito di tale seconda fase è reclamabile in appello e la decisione della Corte d'Appello è ricorribile in Cassazione.

L'ambito di applicazione del nuovo rito è pertanto delimitato alle sole ipotesi in cui si invochi una delle tutele prestate dall'art. 18 nella formulazione data dalla Riforma Fornero (l. n. 92 del 2012), per i lavoratori licenziati a partire dal 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore della legge), ma assunti prima della entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 (7 marzo del 2015).

In effetti per i lavoratori assunti nel 2015, il decreto in questione abroga il rito processuale introdotto dalla Riforma Fornero, con applicazione quindi del rito lavoro "ordinario", previsto dagli artt. 409 cpc.

Esso, pertanto, si applica:

- al licenziamento **discriminatorio o orale o nullo, indipendentemente dai limiti dimensionali** del datore di lavoro, ed anche in ipotesi di licenziamento di dirigente;
- al licenziamento **per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, al licenziamento inefficace per violazioni formali, al licenziamento per giustificato motivo oggettivo**, perpetrato in aziende con 15 dipendenti o 5 se si tratta di datori di lavoro agricoli;
- ai licenziamenti collettivi.

La regola generale della impugnabilità con il nuovo rito delle sole controversie in materia di licenziamento aventi ad oggetto le fattispecie di cu all'art. 18, incontra, tuttavia, due eccezioni:
Nell'ambito del nuovo procedimento, infatti, è consentito altresì proporre domandeaventi ad oggetto:

1) anche questioni relative alla **qualificazione del rapporto dilavoro**,
2) nonché quelle fondate su **fatti costitutivi identici a quelli alla base delle domande di impugnativa del licenziamento** nelle ipotesi regolate dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Nel primo caso, il fatto che si utilizzi l'inciso "anche" implica che **presupposto per l'impugnazione del licenziamento sia l'accertamento della qualità del rapporto di lavoro intercorso tra le parti.** A tale accertamento consegue il diritto ad invocare la tutela accordata dalla norma, indipendentemente dalla qualificazione formale del recesso.
Più in particolare, le domande aventi ad oggetto la qualificazione del rapporto di lavoro comprendono:

a) **I casi di contratto di lavoro autonomo** in cui si accerta la effettiva natura subordinata del rapporto. Difatti, in queste fattispecie, operando la conversione *ex tunc,* il recesso potrebbe essere qualificato come licenziamento, con conseguente applicazione del relativo rito.
b) La fattispecie del licenziamento irrogato nei confronti di un lavoratore che, **pur avendo prestato apparentemente la propria attività in regime di partita i.v.a.,** abbia lavorato con modalità analoghe a quelle dei lavoratori dipendenti dell'impresa committente ed intenda, pertanto, rivendicare (*ex* artt. 69-*bis* d.lgs. n. 276/2003) nei confronti del proprio datore di lavoro la sussistenza di un effettivo rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.
c) **Il caso del licenziamento irrogato nei confronti di un dipendente assunto solo formalmente con contratto di lavoro a tempo parziale** e che intenda rivendicare, ai fini della reintegrazione nel proprio posto di lavoro o della quantificazione dell'indennità risarcitoria *ex* art. 18 St. Lav., la natura a tempo pieno del rapporto di lavoro intercorso con il datore di lavoro.
d) **Il licenziamento dello pseudo – dirigente**, ossia del lavoratore assunto formalmente con qualifica dirigenziale e successivamente licenziato che intenda proporre domanda di accertamento della natura convenzionale di tale qualifica ai fini dell'applicazione dell'art. 18 St. Lav.
e) **L'ipotesi di risoluzione del rapporto di apprendistato**, qualora, in realtà, l'apprendista sia stato impiegato come vero e proprio "lavoratore qualificato" ed intenda, pertanto, rivendicare la qualificazione del proprio rapporto di lavoro in termini di ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

f) Poi, al fine di evitare eventuali profili di dubbia legittimità costituzionale (per violazione degli artt. 2, 3, 24 e 35 Cost.), si ritiene preferibile interpretare l' espressione "questioni relative alla qualificazione del rapporto" in senso lato, e ritenerla tale da ricomprendere al suo interno **anche i casi di lavoro nero.**

Sono peraltro evidenti, salvi i casi di processi facilmente risolvibili sul piano documentale, le difficoltà pratiche nei casi in cui la prova sia solo testimoniale, con notevole durata delle procedure, che inficia quanto detto in merito alla necessaria velocità del procedimento.

Ancora maggiori problematiche possono sorgere per le domande fondate su "**fatti costitutivi identici a quelli alla base delle domande di impugnativa del licenziamento",** che necessitano di una istruttoria complessa ed articolata e che risultano, pertanto, difficilmente compatibili con un modello processuale a "struttura e cognizione sommaria" qual è quello disegnato dalla legge n. 92/2012.

Soprattutto, la difficoltà maggiore è quella di delimitare proprio i casi di domande fondate su fatti costitutivi identici.

Tra tale tipologia di domande, in ogni caso, rientrano:

- quelle (subordinate) di condanna del datore di lavoro *ex* art. 6 della legge n. 604/1966;
- quelle di impugnativa di un licenziamento irrogato per superamento del periodo di comporto, nell'ipotesi in cui il lavoratore deduca che la malattia è stata cagionata dal datore di lavoro o sia insorta a seguito di mobbing.

La disposizione in esame, inoltre, pone ulteriori dubbi con riferimento all'ipotesi che si potrebbe configurare nel caso in cui, con il ricorso *ex* art. 1, comma 47 e ss. legge n. 92/2012, il lavoratore:

• impugni un licenziamento in una ipotesi non regolata dall'art. 18 St. Lav. e senza invocare l'applicazione delle tutele previste da tale disposizione di legge;

• proponga domande fondate su fatti costitutivi diversi da quelli alla base delle domande di impugnativa del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. Lav.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui il ricorrente agisca altresì al fine di ottenere la condanna del datore di lavoro:

o al pagamento di differenze retributive maturate sino al giorno del licenziamento;

o alla regolarizzazione della propria posizione contributiva;

o al risarcimento dei danni subiti come conseguenza dell'irrogazione di un licenziamento ingiurioso.

In tali casi:

- La prima soluzione ammissibile è quella secondo cui, in considerazione della rigorosa delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione del modello processuale qui esaminato, del fatto che di separazione delle cau-

se la legge parli solo nel successivo art. 1, comma 56, della inapplicabilità degli artt. 426 e 427 c.p.c., domande diverse da quelle elencate dall'art. 1, commi 47-48, dovrebbero essere dichiarateinammissibili.

- In alternativa, il giudice, dopo aver verificato *in limine litis*, sulla base di una valutazione globale dell'oggetto della controversia, l'insussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 1, commi 47 e 48, dovrebbe disporre, con ordinanza, la conversione del rito, in analogia a quanto previsto dall'art. 1, comma 56 legge n. 92/2012, ossia con riferimento al trattamento processuale, nella successiva fase di opposizione, delle domande riconvenzionali non fondate su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale, dagli artt. 426 e 427 c.p.c., dall'art. 4 d.lgs. 150/2011.
- Ulteriore – e non escludibile *a priori* – alternativa è proprio quella secondo cui il giudice, indipendentemente dal rito, fatti naturalmente salvi i casi di grave errore nella determinazione dello stesso (come nei casi di evidente assenza dei medesimi fatti costituitivi), conceda tuttavia la tutela accordata, non disponendo alcun mutamento di rito.

5. Il rito sommario di cognizione.

La fase dell'urgenza è una sorta di delibazione della sola fondatezza della domanda di accertamento della illegittimità del licenziamento per poi rinviare alla seconda fase lo sviluppo pieno e completo del contraddittorio per l'approfondimento delle questioni diverse dal licenziamento ma ad esso collegate.

L'instaurazione del giudizio necessita del deposito del ricorso nella cancelleria del giudice competente (art. 1, comma 49). Il ricorso deve possedere i i requisiti semplificati di cui all'art. 125 c.p.c., con un *petitum* e una *causa petendi,* come detto, limitati all'impugnativa del provvedimento espulsivo.

L'atto introduttivo del giudizio, pertanto, deve contenere:

• **l'indicazione dell'ufficio giudiziario**;
• gli estremi identificativi delle **parti**;
• la determinazione dell'**oggetto della domanda;**
• l'esposizione delle **ragioni della domanda**;
• le **conclusioni** del ricorrente;
• la **sottoscrizione** (tanto nell'originale, quanto nelle copie da notificare) della parte, se essa sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, il quale deve altresì indicare il proprio codice fiscale, l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine e il proprio numero di fax.

In assenza di una definizione di quale sia il **Tribunale territorialmente competente** a decidere sulle controversie assoggettate al c.d. rito speciale in materia di licenziamento, soccorrono i principi dettati dall'art. 413 c.p.c., atteso che, in linea

generale, per le controversie previste dall'articolo 409 c.p.c. (tra le quali rientrano, senza dubbio, quelle di impugnativa del licenziamento) il "tribunale in funzione di giudice del lavoro" territorialmente competente è quello individuato proprio dalla suddetta disposizione di legge.
Dal momento del deposito del ricorso si determina la pendenza della lite.
Il ricorso deve essere depositato entro il termine decadenziale di 180 giorni dallaspedizione dell'atto di impugnazione in via stragiudiziale del licenziamento.Il mancato rispetto di tale termine è sanzionato a pena di improcedibilità per violazione dell'art. 6, comma 2 legge n. 604/1966, così come modificato dagli artt. 32, comma 1, legge n. 183/2010 e 1, comma 38 legge n. 92/2012.
A seguito del deposito del ricorso, **il giudice fissa, con decreto, l'udienza di comparizione** delle parti. Tale udienza deve tenersi non oltre quaranta giorni l'instaurazione del giudizio, in una delle date dedicate dal calendario delle udienze alla trattazione delle controversie regolate dall'art. 1 commi 47 e ss. legge n. 92/2012.
Con il decreto di fissazione dell'udienza, inoltre, il giudice assegna altresì al **ricorrente un termine per la notifica del ricorso e del decreto stesso non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, oltre ad un termine per la costituzione del resistente non inferiore a cinque giorn**i prima della stessa udienza.
La notificazione del ricorso e del decreto di fissazione di udienza è a cura del ricorrente, il quale vi può provvedere nelle forme ordinarie (art. 137 c.p.c. e ss.), oltre che a mezzo di posta elettronica certificata.
La legge non disciplina particolari forme di costituzione del resistente, con la conseguenza che anche la memoria di costituzione del resistente sia priva di formalità e nelle forme dell'art. 125 c.p.c.
Tanto per ciò che concerne il ricorrente, quanto per ciò che concerne il resistente, non è fatto alcun riferimento alla indicazione ed alla richiesta dei mezzi istruttori ritenuti necessari ai fini della domanda.
In ordine alle produzioni documentali, queste devono essere depositate, da entrambe le parti, presso la cancelleria in duplice copia.
In ogni caso, ai fini della costituzione del convenuto non opera il regime delle preclusioni di cui all'art. 416 c.p.c., con la conseguenza che le richieste istruttorie possano comunque essere svolte dalle parti, oltre che nel ricorso, anche successivamente, al punto tale da essere proponibili oralmente nel corso del giudizio, integrando così le proprie difese ed allegando nuovi fatti.
Per ciò che concerne la **possibilità di proporre domande riconvenzionali**, queste dovrebbero essere **dichiarate inammissibili dal giudice adito**.
Ciò in quanto, aderendo alla lettera della disciplina del nuovo rito, **l'istituto della domanda riconvenzionale è menzionato solo per la fase di opposizione, all'art. 1, commi 53 e 56.** Da un punto di vista interpretativo, in ogni caso, non verrebbero compromessi i diritti di difesa del resistente, che ben potrebbe introdurre le

domande riconvenzionali con il ricorso oppositivo *ex* art. 414 c.p.c. e, d'altro canto, tale impostazione sarebbe quella più conforme alla *ratio* di celerità del giudizio, propria della nuova disciplina di impugnazione.
Lo svolgimento del procedimento, pertanto, avviene nelle forme c.d. sommarie, in quanto il giudice, ai sensi dell'art. 1, comma 49 legge n. 92/2012, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, <<*procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabilirichiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile, e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda.*>>
In **sostanza, fatto salvo l'obbligo di garantire il contraddittorio, il giudice determina quali siano le attività da compiere, nonché le modalità di esecuzione delle stesse**. Quindi, nei limiti del principio di disponibilità delle prove, questi può liberamente assumere prove atipiche ovvero tipiche, anche in forma atipica oltre a disporre della facoltà di esercitare poteri di ufficio, con l'osservanza, però, dei limiti dettati dall'art. 421 c.p.c.
Dovrebbe essere possibile per le parti, proprio per l'assenza di alcuna preclusione nella fase sommaria, anche chiamare in causa eventuali terzi. Ciò anche al fine di evitare di gravare il ricorrente dell'onere di proporre nei confronti del terzo un ulteriore ed autonomo giudizio *ex* art. 1, commi 47 e ss. legge n. 92/2012.
Esempi di tali ipotesi sono:

- I casi in cui il resistente eccepisca di non essere titolare del rapporto dedotto in giudizio ed indichi un terzo come legittimato passivo;
- I casi in cui sia il datore di lavoro formale, sia un terzo utilizzatore fruiscano della attività del lavoratore, dovendo essere considerati solidalmente responsabili delle obbligazioni nascenti dal rapporto.

Esaurita l'istruttoria il giudice provvede all'accoglimento o al rigetto della domanda con una ordinanza dotata di efficacia esecutiva, che, in virtù della natura sommario – cognitiva del procedimento in esame, è destinata a passare in giudicato, se non opposta entro il termine di trenta giorni dalla notificazione della stessa, o dalla comunicazione se anteriore, oltre che a produrre gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.

6.La fase di opposizione.

Contro 1'ordinanza emessa a definizione della fase c.d. sommaria può essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'articolo 414 c.p.c. da parte del soggetto soccombente del procedimento sommario.
In questa fase, la verità processuale deve essere accertata nella sentenza di accoglimento o di rigetto della domanda **in modo pieno ed esaustivo**, analogamente a quanto accade nell'ordinario processo dicognizione disciplinato dagli artt. 414 e ss. c.p.c..

Per ciò che concerne le domande proponibili, ai sensi dell'art. 1, comma 51 della l. n. 92 del 2012, queste debbono essere solo quelle aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, fatte salve le diverse ipotesi già ammesse dall'art. 1, comma 47.
In virtù del fatto che nella fase sommaria non operano le preclusioni e decadenze previste dagli artt. 414 e 416 c.p.c., le parti possono apportare in sede di opposizione modifiche e/o aggiunte alle allegazioni, alle istanze istruttorie ed alle conclusioni ivi formulate. Ciò è confermato anche dalla limitazione, ai sensi dell'art. 1, comma 59 legge n. 92/2012, dell'ammissibilità di nuovi mezzi di prova o documenti solo in sede di reclamo avverso la sentenza che decide sull'opposizione.

- Il ricorso deve essere depositato innanzi al Tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza**, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso**, o dalla comunicazione se anteriore.
- **Successivamente al deposito del ricorso, il giudice fissa con decreto l'udienza di discussione non oltre i successivi sessanta giorni,**
- l'opposto può costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza (quest'ultimo termine è, stavolta, perentorio, dato che operano, in tal caso, le preclusioni di cui all'art. 416 c.p.c.).

Quindi:

a) L'opponente deve provvedere alla notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza nei confronti dell'opposto, anche mediante posta elettronica certificata, almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione in giudizio.
b) L'opposto deve costituirsi in giudizio mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'articolo 416 c.p.c.

L'opposto è quindi obbligato a proporre nella memoria le eventuali domande in via riconvenzionale, purché fondate su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale, oltre alle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio e alle eventuali chiamate in causa di terzi.
Egli, inoltre, deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'opponente a fondamento della domanda e deve proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto, indicando specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare.
Per ciò che concerne la trattazione della causa, il magistrato, «*sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'articolo 421 c.p.c., e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione*».

Il legislatore utilizza per l'attività istruttoria i criteri della ammissibilità e rilevanza, così indicando la possibilità di una istruttoria più ampia e approfondita rispetto alla fase sommaria e, soprattutto, tesa all'accertamento della verità processuale.
La sentenza, completa di motivazione, è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; essa deve inoltre essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione.

7. Impugnazione: reclamo e ricorso per Cassazione.

Contro la sentenza che decide sul ricorso in opposizione a decreto *ex* art. 1, comma 49, può essere proposto reclamo davanti alla Corte di Appello.
Il reclamo costituisce lo specifico mezzo di impugnazione della sentenza che decide sul ricorso in opposizione. Quindi, trovando piena applicazione le norme generali dedicate dal codice di rito alle impugnazioni in generale, con conseguente possibilità delle parti che abbiano ricevuto la notifica del reclamo principale, di proporre, a loro volta, reclamo incidentale, anche tardivo, ai sensi degli artt. 334 e 335 c.p.c.
Il reclamo si propone con ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore.
Applicando per analogia l'art. 434 c.p.c. sul contenuto del ricorso introduttivo, si ritiene che tale atto debba essere motivato e debba contenere, oltre alle indicazioni prescritte dall'art. 414 c.p.c., giusto l'espresso richiamo dall'art. 1, comma 51, anche:

- l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende reclamare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado;
- l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Alla prima udienza, il Collegio può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono **gravi motivi.**
In questo l'art. 1, comma 57 della legge n. 92/2012 differisce notevolmente da quanto stabilito, in via ordinaria per il rito del lavoro, dall'art. 431 c.p.c., secondo cui «il giudice di appello può disporre con ordinanza non impugnabile che l'esecuzione sia sospesa quando dalla stessa possa derivare all'altra **parte gravissimo danno**».
La Corte di Appello, inoltre, sentite le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede ancora una volta nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione.

La sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione.
Avverso la sentenza che definisce il giudizio di reclamo può essere proposto ricorso per Cassazione, con i requisiti propri degli artt. 360 e seguenti del codice di procedura civile.
Tale ricorso deve essere proposto, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza, o dalla notificazione se anteriore.
In mancanza di comunicazione o notificazione si applica l'articolo 327 c.p.c.; pertanto, il ricorso deve essere proposto entro sei mesi dalla pubblicazione della sentenza. La proposizione del ricorso per Cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza; ciò nonostante, la sospensione può essere chiesta alla Corte di Appello che la dispone se ricorrono gravi motivi.

Capitolo II
I Licenziamenti nella l. n. 92 del 2012 e nel Jobs Act

1. Premessa; 2. Il licenziamento discriminatorio e nullo. - 2.1 ..nel Jobs Act. - 3. Il licenziamento disciplinare, per giusta causa e giustificato motivo soggettivo. -4. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. -4.1 Focus: tentativo di conciliazione. - 4.2 Il licenziamento per scarso rendimento ed il superamento del comporto. - 5. Il licenziamento disciplinare e per motivi oggettivi nel Jobs Act. - 6. La tutela degli assunti post 2015 nelle imprese sotto i requisiti dimensionali dell'art. 18. - 7. Focus: Offerta di conciliazione. – 8. Il licenziamento *ad nutum.*

1. Premessa

La legge 28 giugno 2012, n. 92 incide sul regime di tutela per licenziamento illegittimo nelle imprese di dimensioni medie e grandi, al fine di rendere il recesso dal rapporto di lavoro, più rapido, con oneri, a carico delle imprese, maggiormente predeterminabili[1]. Questo obiettivo viene realizzato mediante il passaggio ad un sistema di tutele connotato da quattro diversi regimi, funzionalizzati a diverse causali, e con una applicazione – nell'ottica del legislatore – del regime reintegratorio solo in alcune e circoscritte ipotesi.

Il sistema di tutela reale stesso si connota per la presenza di due distinti modelli: quello accompagnato da un risarcimento dei danni pieno (art. 18 co. 1), nei casi di licenziamento nullo; quello accompagnato da un risarcimento limitato (art. 18 co. 4 e 7), nelle ipotesi di ingiustificatezza qualificata, in cui cioè l'illegittimità stessa risulti maggiormente conclamata, consistente e, quindi, grave[2].

Si realizza una graduazione del sistema sanzionatorio[3] che vede presidiati da tutele più forti i licenziamenti discriminatori e nulli. Per ciò che concerne invece il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e soggettivo, nelle aziende che occupano più di quindici dipendenti nell'unità produttiva ove è stato intimato il licenziamento (ovvero più di quindici dipendenti nell'ambito dello stesso comune e in ogni caso per le imprese con più di sessanta dipendenti), ancora oggi sus-

---

[1] M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, in*ADL*, 2012, 613.

[2] C. CESTER, *I licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in *DPL*, 2012, 30; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012.p. 56; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *RIDL*, 2012, 415;

[3] G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*., 2012, I, p. 624.

siste un livello di tutela reale c.d. "depotenziata"[4] o "attenuata"[5]. In questi casi, a fianco della reintegrazione del lavoratore, gli effetti risarcitori sono invece limitati, in quanto il risarcimento dei danni viene garantito solo in misura ridotta.
Nelle altre fattispecie di illegittimità del licenziamento, viene applicata una tutela meramente indennitaria, anche essa nelle due diverse tipologie: la tutela indennitaria nella misura piena, regolata dall'art. 18 co. 5, che si applica alle ipotesi di ingiustificatezza "non grave" del licenziamento; la tutela indennitaria in misura ridotta, regolata dal co. 6, relativa, invece, ai vizi formali e procedurali.
In sostanza, come rilevato da autorevole dottrina, siamo di fronte ad un sistema di tutele c.d. a cerchi concentrici, con al centro un sistema di tutela reale pieno, in cui il licenziamento è nullo per violazione di espressi divieti legislativi, e via via muovendosi verso l'esterno tutele sempre meno forti, reali depotenziate o solo indennitarie, fino all'ipotesi di recesso libero[6].
La giurisprudenza sta recependo gli indirizzi del legislatore, seppur con una serie di incertezze e difficoltà interpretative, che ci appresteremo ad esaminare.
In tutto questo, si colloca l'intervento del legislatore, prima con legge delega (l. n. 184 del 2014), poi con decreto delegato (d.lgs. n. 23 del 2015), che istituisce il rapporto "a tutele crescenti", nell'ambito della Riforma del Mercato del Lavoro 2015, il c.d. Jobs Act.
Infatti, nella normativa del rapporto di lavoro a tutele crescenti, la reintegrazione spetta, quale ipotesi straordinaria, solo per alcune forme di licenziamento disciplinare e per il licenziamento discriminatorio, mentre la sanzione risarcitoria rispetto al licenziamento ingiustificato diventa la sanzione ordinaria e comune.

2. Il licenziamento discriminatorio e nullo.

L'art. 18 della legge 300 del 1970 anche a seguito delle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012 n. 92 attribuisce ancora al licenziamento discriminatorio e ad altre ipotesi di licenziamento affette da nullità assoluta la tutela più forte costituita dalle reintegrazione.
Il nuovo testo dell'art. 18, peraltro, non definisce la fattispecie del licenziamento discriminatorio, dato che l'intervento si è limitato al piano sanzionatorio - per licenziamento illegittimo - e non a quello applicativo.

---

[4] Così A. MARESCA, op. cit., 429.
[5] M. TREMOLADA, , *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 dello Stat. Lav.*, in *DPL*, 2012, 49. *Contra* C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, 569 ss.
[6] A MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., 428-433.

Ne consegue che il licenziamento sia viziato qualora incida su una delle ragioni tassativamente individuate dalla legge e stratificatesi nel tempo, quali in primo luogo quelle politiche, sindacali, religiose, di razza, di lingua, di sesso, di handicap, di età, di orientamento sessuale, convinzioni personali (art. 15 della legge n. 300 del 1970, come riformato dall'art. 4, comma 1 del d.lgs. 216 del 2003). Altre discriminazioni, tali da determinare l'illegittimità del licenziamento sono quelle inerenti la razza e l'origine etnica (d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215), nonché lo stato di sieropositività (art. 5 legge 5 giugno 1990, n. 135)[7].
Accanto a tali ragioni, vi sono alcune fattispecie che vietano il licenziamento e che proteggono il lavoratore e la lavoratrice con la sanzione della nullità, quali quelle legate alla tutela della donna in occasione del matrimonio e della maternità; quali il divieto di licenziamento per causa di matrimonio[8]- regolato dall'art. 35, comma 2 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 – e il divieto di licenziamento per la lavoratrice madre in gravidanza, che opera dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro previsti dalla materia sui congedi di maternità disciplinata dal Capo III dello stesso d.lgs. 151, nonché fino al compimento un anno di età del bambino (art. 54, comma 1 d.lgs. 151 del 2001). Tale divieto sussiste oggettivamente, "in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza", a prescindere dalla circostanza che la lavoratrice sia consapevole della propria condizione[9].
Analogamente, è nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale per la malattia del bambino da parte della lavoratrice e del lavoratore (art. 54, comma 6 d.lgs. 151 del 2001), oltre al licenziamento intimato in forma totalmente orale.
Infine, è nullo anche il licenziamento per motivo illecito determinante, inteso come motivo prevalente, ma non esclusivo, invocabile come tale da parte del lavoratore anche in presenza di un'altra ragione per il licenziamento stesso addotta dal datore di lavoro.
Da tale interpretazione consegue che molti casi di licenziamento pretestuoso o arbitrario potrebbero rientrare nella tutela ex art. 18, comma 1, St. lav., anche in presenza di diverse motivazioni, economiche o attinenti alla condotta del lavora-

---

[7]P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, 2009, 545.

[8]Che opera, con presunzione di carattere relativo di illegittimità, dal momento della richiesta di pubblicazioni del matrimonio sino ad un anno dopo la celebrazione dello stesso, ai sensi dell'art. 35, comma 3 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro,* Cedam, 2011,234ss.

[9]Salvi casi di esclusione del divieto, quali la colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; la cessazione dell'attività dell'azienda; la realizzazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine.

tore[10], con evidente riduzione del campo di applicazione delle sanzioni per le altre patologie del provvedimento espulsivo[11].
Solo la giurisprudenza, in sostanza, ci indicherà i limiti di applicazione della nuova disciplina in materia, se cioè, il motivo illecito determinante sia solo quello per rappresaglia sindacale[12]; oppure la nuova fattispecie abbraccerà molte altre ipotesi non coperte da tutela reintegratoria piena.
Si segnala, sul punto, la sentenza che attribuisce il motivo illecito determinante al licenziamento del dirigente avvenuto, in una società partecipata, per assenza di "protezione politica"[13].
Interessante è anche il rilievo secondo il quale sia applicabile la disciplina del licenziamento discriminatorio anche al licenziamento determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. intimato da un gruppo parlamentare[14].
Diversa è la fattispecie del licenziamento in frode alla legge, in cui l'atto di recesso non è di per sé illegittimo ma si inserisce in una vicenda negoziale elusiva della disciplina dei licenziamenti o comunque di legislazione di protezione dei lavoratori.[15]
In tutte queste ipotesi, il licenziamento determina il diritto alla reintegrazione senza limiti numerici[16].

---

[10]F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankestein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 6, 546

[11]C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, prime in *ADL,* 2012, 3, 566, ritiene che l'analisi sull'esistenza del motivo illecito determinante sia residuale e da compiersi solo all'esito della valutazione della sussistenza delle altre ragioni di illegittimità del licenziamento.

[12]Ritorsivo, per lo svolgimento di attività sindacale, Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, *GC,* 2006, I, 2215.

[13]Trib. Roma, 18 luglio 2013, est. Armone, in www.studiotamburro.it

[14]Trib. Roma, 28 novembre 2012, in*RIDL,* 2013, 2, II, 305. Ciò in quanto "*sia l'inapplicabilità nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio dell'esenzione dall'applicazione dell'art. 18 st. lav. prevista dall'art. 4 della l. 108/90 per le cd. organizzazioni di tendenza, sia l'uniformazione delle tutele ad opera del riformato art. 18 l. 300/1970, comportano l'applicabilità della tutela della reintegra a tutti i licenziamenti nulli".*

[15]Sul punto, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, 221.

[16]Ma l'interpretazione prevalente, in vigenza dell'art. 18 vecchio testo, riconosceva il diritto alla reintegrazione. Sul punto, G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit., 626. Più precisamente:la tutela reale ex art. 18 si applicava ai licenziamenti discriminatori, quale che fosse il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro ed anche se intimati a danno di lavoratori soggetti al regime della libera recedibilità (ovverosia dirigenti, lavoratori domestici, lavoratori ultrasessantenni pensionabili). La più recente giurisprudenza di legittimità, peraltro, interpretando estensivamente il concetto di licenziamento discriminatorio fino a farvi rientrare anche quello per ritorsione o rappresaglia, aveva, di fatto, esteso anche al licenziamento nullo per motivo illecito la tutela reale di tipo speciale;la tutela reale di diritto comune, diversamente, si applicava nei restanti casi di nullità del licenziamento.La novità, dunque, consiste nell'aver esteso a tutti i citati di casi di nullità del licenziamento la tutela reale speciale di cui all'art. 18.

La prova del motivo illecito determinante così come per gli atteggiamenti ritorsivo – discriminatori in generale, non grava sul datore di lavoro, come afferma ripetendosi in più di una pagina, bensì sul lavoratore, il quale deve "fornire tempestivamente elementi di riscontro obiettivo, che consentano la verifica concreta della circostanza denunciata, non essendo sufficiente la mera allegazione di vizi di natura formale del rapporto."[17]

Si segnala la precisazione, formulata dal legislatore, circa la deducibilità dall'indennità risarcitoria di quanto percepito (e quindi solo dell'*aliunde perceptum*) per lo svolgimento di altre attività lavorative intraprese dopo il licenziamento.

Il riferimento da parte della l. n. 92 del 2012 unicamente alla deducibilità dell'*aliunde perceptum* e non anche del *percipiendum* non dovrebbe, a mio avviso, avere un preciso significato precettivo e dovrebbe trattarsi unicamente di una imprecisione del legislatore.

L'omissione, infatti, sarebbe ascrivibile ad una tecnica normativa imperfetta, in quanto la deroga ai principi generali in tema di risarcimento avrebbe richiesto una previsione espressa in tal senso. Per cui sarebbero tuttora deducibili sia l'*aliunde perceptum* che il *percipiendum*.[18]

A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro 30 giorni dall'invito del datore di lavoro.

L'art. 18, infine, attribuisce al lavoratore licenziato la possibilità di ottenere un'ulteriore indennità, alternativa alla reintegrazione, pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (comma 3).

Tale indennità deve essere richiesta entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione e si cumula con l'indennità risarcitoria di cui sopra (stante le diverse finalità delle due corresponsioni di denaro, l'una di natura risarcitoria, l'altra volta a monetizzare il diritto alla reintegrazione).

Se la richiesta dell'indennità sostitutiva, al pari di un atto di dimissioni, risolve il rapporto di lavoro, un eventuale ritardo nella corresponsione dell'indennità dovrà essere risarcito in applicazione del generico rimedio sul danno da ritardo nel pagamento di crediti di lavoro *ex* art. 429 c.p.c. ovverosia mediante rivalutazione automatica del credito unitamente al versamento degli interessi legali.

---

[17]Cass. 4 dicembre 2001, n. 15515.

[18] In quest'ottica, M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, 445 ss.*Contra,*VALLEBONA, *La riforma del mercato del lavoro,*Giappichelli, 2012, 57 ss., ritiene volontaria la lacuna legislativa, ponendo anche mente al fatto che, in tema di licenziamento disciplinare e per giustificato motivo oggettivo, il nuovo testo dell'art. 18 afferma la deducibilità sia dell'uno che dell'altro.

Quanto alla prova della discriminatorietà, questa può essere fornita anche per presunzioni. Infatti la disciplina sull'onere della prova è stata riscritta dall'art. 28 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, secondo cui: «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione». Secondo la stessa norma:« I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata»[19].
Con la riforma del 2012 si è anche statuito, infine, che l'indennità sostitutiva non è assoggettata a contribuzione previdenziale[20].
Si noti il tentativo, da parte di alcuni interpreti, di utilizzare la fattispecie del motivo illecito determinante o di ampliare le ipotesi di discriminatorietà del licenziamento, al fine di estendere, di conseguenza, il regime della reintegrazione piena previsto nel caso di licenziamenti nulli[21], anche estendendo a dismisura la nozione le fattispecie di provvedimento espulsivo discriminatorio in base all'art. 15 dello Statuto[22].
Soluzione, quest'ultima tutt'affatto accoglibile, attesa la tassatività delle ipotesi di discriminazione previste dall'ordinamento, tutte peraltro riconducibili a casi attinenti alla persona del lavoratore[23].

---

[19]Cfr. Trib. Varese, 28 maggio 2013, est. Fumagalli, secondo cui *"Nelle controversie di cui all'art. 4 d.lg. 9 luglio 2003 n. 216, pur essendo consentito a colui che sostenga di essere stato vittima di una condotta lesiva discriminatoria (nel caso di specie, un licenziamento orale discriminatorio per motivi di carattere religioso) di fare riferimento, ai sensi del comma 4 dell'art. 28 d.lg. 1 settembre 2011 n. 150, anche a dati di carattere statistico dai quali risulti possibile presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, è indiscutibile che colui chi agisca in giudizio perché venga riconosciuta l'esistenza di una condotta discriminatoria nei propri confronti, debba comunque fornire elementi di fatto dai quali sia possibile desumere la discriminazione."*

[20] Recependo una soluzione peraltro già sostenuta in giurisprudenza, sul punto, si vedaCass., 7 marzo 2003, n. 3487,in *MGL*, 2003, 379 e 568.

[21]M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *GDLRI*., 2012, 4, 554-555.

[22] Sul punto, si v. Trib. Ravenna, 18 marzo 2013, in *www.personaedanno.it* , che, confondendo il caso di licenziamento per ritorsione con quello discriminatorio, arriva, *per tabulas*, a ritenere che il lavoratore, licenziato per furto in azienda, sia stato in realtà espulso anche perché in procinto di candidarsi alle elezioni RSU aziendali per una organizzazione con la quale le relazioni sindacali erano divenute tese.

[23]Diversamente argomentando, qualsiasi licenziamento sarebbe opponibile per discriminazione, con la conseguenza della limite ingiustificato alla libertà di recedere a carico del datore di lavoro. In dottrina M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, spec. 6-7; G. SANTORO-PASSARELLI, *La parità di trattamento retributivo nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *GI*, 1994, I, 1, c. 913 e ss. In giurisprudenza, Cass. SS.UU. 29 maggio 1993 n. 6031, in FI, 1993, I, c. 1794; Cass. SS.UU. 29 maggio 1993 n. 6030, in *Giur. it*., 1994, I, 1, c. 913 e ss.

In più, lo stesso rinnovato articolo 18 non incide sull'ambito di applicazione della normativa sui licenziamenti, ma solo sull'apparato sanzionatorio, per cui l'equiparazione dei diversi regimi di nullità non può determinare una estensione della disciplina sanzionatoria per discriminazione.
Ancora, anche l'espressa estensione delle ipotesi di nullità per i casi di licenziamento per motivo illecito determinante non equivale ad una estensione generalizzata della reintegrazione.
Infatti, solo una interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della fattispecie consente di garantire la formula legislativa della gradualità delle tutele operate da parte del legislatore e dovrà essere premura della giurisprudenza successiva interpretare in maniera corretta la nuova disciplina[24].
Diverso è il discorso per le **organizzazioni di tendenza** (es. sindacati, scuole religiose, partiti), rispetto ai dipendenti che svolgono mansioni relative alla ideologia della organizzazione, ossia "di tendenza"[25] (es. insegnante in una scuola religiosa).
In tali casi, il licenziamento che, in astratto, sarebbe considerato discriminatorio (es. l'insegnante di religione buddista in una scuola cattolica), non può mai essere considerato discriminatorio.
In tali casi, quindi, il licenziamento è valido, quando il motivo discriminatorio coincida con l'ideologia o credo politico o religioso perseguiti dalla stessa organizzazione.

2.1. …nel Jobs Act.

. L'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 punisce con la massima sanzione (**reintegrazione e risarcimento del danno**) i casi di **licenziamento nullo** "**espressamente**" previsti dalla legge, ossia:
1) i licenziamenti discriminatori, secondo le regole dettate nel paragrafo precedente;
2) i licenziamenti totalmente orali;
3) i **licenziamenti intimati durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino**, ed altre ipotesi connesse alla tutela della c.d. genitorialità (in base all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001, ossia licenziamenti intimati in conseguenza della domanda o della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino, licenziamenti intimati al padre del bambino durante il periodo di astensione obbligatoria e fino al compimento di un anno di vita del bambino, nel caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono o di affidamento esclusivo al padre).

---

[24]M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, 3, 616.

25 Quando invece le mansioni siano "neutre" rispetto agli scopidell'organizzazione di tendenza (ad es. contabilità in un giornale politico) si applica la tutela *ex* art. 9, d.lgs. n. 23 del 2015**.**

4) i **licenziamenti intimati per causa di matrimonio** ai sensi dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006 (testo unico delle pari opportunità uomo donna);
5) licenziamento rispetto al quale il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (art. 2, co. 4).
Se, nell'ambito della Riforma Fornero, era ricompresa fra le ipotesi di nullità quella del **licenziamento determinato da un motivo illecito "determinante"**, nel d.gs. n. 23 del 2015 tale ipotesi scompare e non risulta più "espressamente" prevista.
Scompare anche la nullità del licenziamento in frode alla legge o in violazione di norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.) e quella per il licenziamento ritorsivo.
Chiaramente, appare più una svista del legislatore, facilmente smentibile dalla giurisprudenza, in applicazione delle norme imperative, costituzionali e dei principi generali di diritto civile.
Comunque, nelle ipotesi di nullità, applicabili anche ai lavoratori non compresi nel vecchio articolo 18 (es. dirigenti), alle imprese sotto i 15 dipendenti e alle organizzazioni di tendenza (es. in caso di licenziamento orale), il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità ovvero l'inefficacia del licenziamento, condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, al pagamento di un'indennità risarcitoria e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.
L'indennità è commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e corrisponde al periodo intercorrente tra il giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto eventualmente percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso, l'indennità non può essere inferiore a 5 mensilità.
Fermo restando il diritto a percepire la suddetta indennità, al lavoratore è attribuita la facoltà di sostituire la reintegrazione nel posto di lavoro con un ulteriore indennizzo economico, pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, purché effettui la relativa richiesta entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla comunicazione. L'indennità sostitutiva della reintegrazione non è assoggettata a contribuzione previdenziale.

3. *Il licenziamento disciplinare, per giusta causa e giustificato motivo soggettivo.*

Il licenziamento per giusta causa, disciplinato dall'art. 2119 c.c.., consiste nella causa che non consenta la prosecuzione, neppure temporanea, del rapporto di

lavoro, ossia nel licenziamento in tronco, con cui il rapporto si estingue immediatamente, senza preavviso), e si concretizza in una lesione del vincolo fiduciario fra datore e lavoratore. Esso quindi consiste sia in un inadempimento gravissimo del lavoratore, sia in un atto o fatto che faccia venire meno la fiducia tra le parti, in base al tipo di lavoro che egli svolge (es. il lavoratore, perfettamente adempiente abbia, con la sua condotta nella vita privata, fatto venire meno la fiducia del datore di lavoro sugli adempimenti futuri, es. l'addetto ai rapporti con il pubblico condannato per aggressione, o per violenza carnale).

Il giustificato motivo soggettivo consiste in un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore e prevede l'obbligo del preavviso (art. 3, legge n. 604 del 1966).

L'inadempimento del giustificato motivo soggettivo è meno grave di quello della giusta causa, proprio perché quest'ultima consiste in un licenziamento che non consente la prosecuzione del rapporto ed esonera il datore di lavoro dal preavviso.

Pertanto, mentre nel licenziamento per giusta causa l'inadempimento è gravissimo, nel giustificato motivo soggettivo l'inadempimento è notevole (es. l'assenza ingiustificata per più giorni del lavoratore).

Le tutele accordate al lavoratore ingiustamente licenziato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo sono disciplinate ai commi 4 e 5 dell'art. 18.

La disciplina in commento prevede due regimi di tutela: una tutela reale (comma 4); una tutela meramente indennitaria (comma 5).

Va premesso che la Riforma estende l'intero art. 7 Stat. Lav. a tutte le ipotesi di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo.

Infatti, l'art 7, co. 1, legge n. 604 del 1966, nella nuova formulazione determinata dal comma 40 dell'art. 1 legge n. 92/2012, estende il procedimento disciplinare di cui all'art. 7 Stat. Lav. «al licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo».

Inoltre, l'art. 18, co. 6, Stat. Lav., così come modificato dal comma 42 dell'art. 1 legge n. 92/2012, richiama le violazioni nella procedura tutela reale qualora il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato, ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti di intimazione del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, per "violazione della procedura di cui all'art. 7 della presente legge".

Infine, l'art. 18, co. 7, Stat. Lav., novellato dal comma 42 dell'art. 1 legge n. 92/2012, fa riferimento al licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo definendoli come licenziamenti determinati da "ragioni disciplinari".

Il lavoratore ingiustamente licenziato è garantito dalle prescrizioni dei collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili[26].
A detta di una parte della dottrina, per insussistenza del fatto si dovrebbe unicamente intendere che il fatto materiale non è mai accaduto o non è stato il lavoratore a commetterlo.
Ricorre un'ipotesi di insussistenza del fatto contestato ove l'addebito mosso al lavoratore non risulti vero in punto di fatto, essendo la condotta contestata, nel suo nucleo essenziale, non corrispondente alla realtà dei fatti[27].
Sicuramente questa tesi è quella che maggiormente aderisce al dato letterale della norma, anche perché diversa è l'ipotesi in cui il fatto contestato sia vero in quanto riscontrato sulla base delle allegazioni di parte, ma ritenuto di gravità insufficiente a giustificare la misura risolutiva del licenziamento. In tale caso trova infatti applicazione la tutela meramente indennitaria di cui al comma 5.
Tale ricostruzione è stata confermata dalla giurisprudenza più significativa della Cassazione[28], nella cui motivazione si legge che "*Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato*"[29].

---

[26]L'elencazione è tassativa secondo A. MARESCA, op. cit., 437.
[27] A. VALLEBONA, *La riforma…*, op. cit., 57secondo il quale si dovrebbe avere riguardo unicamente al fatto contestato considerato nel suo nucleo essenziale e senza considerazione delle circostanze marginali, confermative o di contorno. Ad analoghe conclusioni pervengono M. MARAZZA, op. cit., 622-623; A. MARESCA, op. cit., 436; L. TREMOLADA, op. cit., 54. In giurisprudenza, Tribunale di Milano, ord. 22 gennaio 2013.
[28]Cass. 6 novembre 2014, n. 2366; *contra*, Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012, in www.lavoroediritto.it, secondo il quale se si ritenesse che la formula insussistenza del fatto facesse riferimento al solo fatto materiale, vi sarebbe una "*violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungersi a ritenere che applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo ma privi dell'elemento psicologico o, addirittura, privi della coscienza o volontà dell'azione*". In questi termini anche Trib. Ravenna, 18 marzo 2013, cit.
[29] In quest'ottica, la ricostruzione è confermata ed integrata, con qualche correttivo, da 13 ottobre 2015, n. 20540 e n. 20545, che hanno affermato, integrando la giurisprudenza in questione, appunto, il principio per cui il fatto privo di rilevanza giuridica deve considerarsi «inesistente».Quanto alla tutela reintegratoria, è stato infatti stabilito che non è plausibile che il legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del

Quindi, per forza di cose, il fatto materiale deve avere anche un minimo di fondamento giuridico.
Si pensi al caso di ritardo di un minuto al lavoro: questo non potrà mai giustificare il licenziamento.
La seconda ipotesi di ingiustificatezza qualificata ricorre, invece, qualora l'insufficiente gravità del fatto, comunque vero ed accertato, sia sancita dalla contrattazione collettiva o da codici disciplinari, i quali prevedano per il fatto specifico unicamente l'irrogazione di una sanzione conservativa[30].
Peraltro, ove si tratti di contratti collettivi nazionali, la violazione o falsa applicazione delle clausole contenenti la tipizzazione dell'insufficiente gravità del fatto possono essere conosciute dalla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.
Già con l. n. 183/2010 il legislatore aveva dato rilievo, in sede di vaglio giurisdizionale della legittimità del licenziamento, alle tipizzazioni contenute nei contratti collettivi.
Con l'art. 30, comma 3, del c.d. collegato lavoro è stato, infatti, sancito 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, nonché nei contratti individuali certificati[31].
Vi è, tuttavia, una differenza. In caso di tipizzazione di insufficiente gravità del fatto, il giudice è tenuto ad annullare il licenziamento disciplinare e ad applicare la tutela reale: in altri termini, le tipizzazioni favorevoli al lavoratore sono per il giudice vincolanti.
Si ritiene, invece, che la disposizione di cui al collegato lavoro non abbia limitato la discrezionalità del giudice nell'accertamento della sussistenza dei presupposti del licenziamento, dal momento che a questi è richiesto unicamente di tener conto delle tipizzazioni contrattuali (non anche di adeguarvisi).
Ove, tuttavia, il giudice non si adegui al parametro fornito dalla contrattazione (collettiva ed individuale), dovrà motivare tale scostamento.
Le tipizzazioni di insufficiente gravità del fatto rilevanti – si ripete – sono solo quelle contenute in contratti collettivi o codici disciplinari, che comunque, per ciò che concerne le sanzioni conservative, già in precedenza vincolavano il giudice

---

carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva. In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, quarto comma, St. lav.
[30] C. CESTER, *Il progetto*..., op. cit., 572.
[31] Si tratta in questo caso di tipizzazioni favorevoli al datore di lavoro. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2011, 199.

per la definizione della ingiustificatezza o meno del licenziamento ed oggi hanno una importanza decisiva per la definizione del tipo di tutela applicabile.
In sostanza, la libertà del giudice di discostarsi dalle tipizzazioni collettive viene fortemente ridimensionata dalla Riforma sul piano delle conseguenze pratiche[32], poiché se la tipizzazione del contratto collettivo, da una parte, continua a non vincolare il giudice nella valutazione della legittimità del licenziamento, dall'altra parte, ora gli impone, automaticamente, di applicare la tutela meramente indennitaria di cui al co. 5[33].
In ogni caso, la valutazione del giudice di merito deve risolversi in un giudizio di fatto che, rispettando il principio di proporzionalità della sanzione di cui all'art. 2106 c.c., coinvolge nel caso concreto, la gravità dell'inadempimento del lavoratore avendo riguardo alla natura e alla qualità del rapporto, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni del dipendente e alle complessive circostanze oggettive e soggettive che lo connotano[34].
Anche dopo la riforma sembra possibile far rientrare nella nozione di giusta causa, intesa come «causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto», i comportamenti del lavoratore che, pur estranei alla sfera del contratto e, pertanto, non integranti inadempimento, abbiano definitivamente alterato il vincolo fiduciario ed il legittimo affidamento del datore di lavoro nell'esattezza degli adempimenti successivi[35].

---

[32] L. TREMOLADA, op. cit., 55; A. VALLEBONA, *La riforma…*, op. cit., 57.
[33] M. MARAZZA, op. cit., 622.
[34] Il giudizio è peraltro insindacabile in sede di legittimità se sorretta da una motivazione logicamente congrua e giuridicamente immune da vizi. Si v. ad esempio, Cass., 29 settembre 2011, n. 19912, *FI Rep*., 2011, Voce Lavoro, n. 1211; Cass., 13 dicembre 2010, n. 25144, *OGL*, 2010, 1003; Cass., 30 marzo 2010, n. 7645, *ADL*, 2010, 1277; Cass., 7 luglio 2004, n. 12508, *FI Rep.,* 2004, Voce Lavoro, n. 1620.Con ordinanza del 14 marzo 2013 il Tribunale di Voghera ha affermato che il licenziamento sproporzionato rispetto alla mancanza commessa è illegittimo, ma la conseguenza non è la reintegra ma soltanto un risarcimento del danno, se il fatto contestato è sussistente ma non si rinvenga una norma contrattuale che preveda per tale mancanza una sanzione di natura conservativa.La questione ha riguardato il licenziamento adottato nei confronti di un dipendente addetto alla vigilanza anti taccheggio che era intervenuto nei confronti di un cliente, fermato fuori dal punto vendita, in maniera brusca con l'intimazione di aprire la borsa: tutto questo era avvenuto senza avvisare il responsabile del negozio (avvertito soltanto successivamente), in ciò contravvenendo alla procedura prevista. Il giudice ha rilevato la mancanza ma ha ritenuto che la stessa non fosse di gravità tale da determinare il venir meno del vincolo fiduciario (licenziamento illegittimo e privo della proporzionalità). Non avendo rinvenuto nella contrattazione collettiva alcuna sanzione di natura conservativa, il giudice ha escluso la reintegra non individuando alcun elemento discriminatorio ed ha ritenuto applicabile il comma 5 dell'art. 18 (risarcimento compreso tra dodici e ventiquattro mensilità) che disciplina le "altre ipotesi" di insussistenza della giusta causa). Va presa in considerazione, in materia di licenziamento disciplinare, Corte d'App. 24 aprile 2013, n. 2022, secondo cui, con riguardo al giustificato motivo soggettivo, la valutazione deve essere effettuata tenuto conto del notevole inadempimento contrattuale ma non può prescindere - stante la natura disciplinare del recesso dalla necessaria verifica della proporzionalità della irrogata sanzione.
[35] Da intendersi quindi come riferibile ai comportamenti del lavoratore e, in special modo, da gravi inadempimenti, imputabili e colpevoli, che determinano una rilevante negazione degli elementi

In ogni caso, dovrebbero poter rientrare fra le ipotesi di giusta causa di licenziamento, oltre che i casi di violazione degli obblighi di diligenza e di fedeltà *ex* art. 2104[36] e 2105[37] c.c., le condotte del lavoratore che, pur non integrando inadempimento, alterato il vincolo fiduciario ed il legittimo affidamento del datore di lavoro nell'esattezza degli adempimenti successivi e quindi anche le condotte al di fuori della prestazione lavorativa ma che incidano sulla prosecuzione del rapporto[38].

Ciò soprattutto in vista del fatto che la Riforma Fornero non incide sulla nozione di giusta causa, ma solo sul piano delle tutele e delle sanzioni.

Né, allo stesso tempo, viene modificata la nozione di giustificato motivo soggettivo, inteso come «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore», consistente negli inadempimenti contrattuali derivanti dalle violazioni dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, quali i doveri di diligenza,

---

essenziali del rapporto di lavoro e che incidono irrimediabilmente sul vincolo fiduciario. *Ex multis*:Cass., 19 settembre 2011, n. 19074, *OGL*, 2011, 713; Cass., 18 febbraio 2011, n. 4060, *FI Rep.*, 2011, Voce *Lavoro*, n. 1241. A conferma di tale considerazione, Trib. Varese, 4 aprile 2013, est. Fumagalli, secondo cui "*Per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed in particolare di quello fiduciario, occorre valutare da un lato la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta*".

[36]Fra queste rientrano le ipotesi di grave insubordinazione, di abbandono da parte del prestatore del posto di lavoro, di rifiuto ingiustificato da parte del lavoratore di eseguire la prestazione legittimamente assegnatagli. Cfr.Cass., 12 maggio 2005 n. 9954; Cass., 6 luglio 2002 n. 9840; Cass., 8 gennaio 2000, n. 143.

[37]Fra queste rientrano le fattispecie di contemporaneo svolgimento da parte del lavoratore di altra attività lavorativa presso un'impresa concorrente del datore di lavoro, di sottrazione di documenti aziendali anche non riservati l'appropriazione di beni aziendali . di illegittima critica nei confronti del datore di lavoro. Cfr. Cass. 10 dicembre 2008 n. 29008;Cass., 15 maggio 2005, n. 12837; Cass., 29 settembre 2003, n. 14507; Cass., 26 ottobre 2001, n. 13329; Cass., 11 novembre 1998, n. 11392, *OGL*, 1998, I, 985;

[38]Cass., 2 agosto 2010, n. 17969, *MGL*, 2011, 158; Cass., 19 dicembre 2000, n. 15919, *OGL*, 2000, 1055; Cass., 19 dicembre 2000, n. 15919, *FI Rep.,* 2000, Voce*Lavoro*, n. 1628.*Contra,*M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 dello Stat. Lav.*, *DPL*, 2012, 49. *Contra*C. CESTER,*Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, 569, che argomenta tale opinione della coincidenza, in base alla Riforma Fornero, del concetto di giusta causa con il licenziamento disciplinare. Fra le ipotesi di condotte estranee alla sfera del rapporto di lavoro, ricordiamo i comportamenti che coinvolgono i rapporti, anche personali, fra il datore ed il lavoratore fuori dell'azienda; i comportamenti che non sono direttamente lesivi della sfera giuridica del datore, ma che possono avere un riflesso sulle mansioni affidate e sulla considerazione della persona del lavoratore; ed, infine, i comportamenti del lavorare che contribuiscono a ingenerare nel datore un particolare giudizio sulla persona nel suo complesso, che induce, pertanto, ad attuare la misura sanzionatoria del licenziamento. Sul punto, C. PISANI, *I licenziamenti individuali*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Tomo III, Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti, Torino, 2007, 124; P. SCOZZI*, I licenziamenti*, Roma, 2015.

osservanza e fedeltà posti dagli artt. 2104[39] e 2105 c.c. Come tale la nozione in esame è differenziata solo da un punto di vista quantitativo – circa la diversa intensità dell'inadempimento - rispetto alla giusta causa[40].
Comunque, l'onere della prova circa la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento è a carico del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5, legge n. 604 del 1966.
La diversificazione delle tutele può, in definitiva, essere così schematizzata ove il fatto contestato risulti insussistente, si ha tutela reale, con annullamento del licenziamento, detratto l'*aliunde perceptum* o l'*aliunde percipiendum*, con onere della prova – circa la insussistenza del fatto o della sua previsione fra le sanzioni conservative – a carico, a mio avviso, del lavoratore[41].
Va tenuto conto del fatto che "*la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto*", che prescinde, ovviamente, dal diritto a percepire la retribuzione, dal momento della pronuncia del giudice.
La reintegrazione è sostituibile con una indennità sostitutiva, non assoggetta a contribuzione previdenziale, pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.
Tale indennità si aggiunge a quella risarcitoria e la sua richiesta deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza ovvero entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se antecedente. La richiesta determina automaticamente la risoluzione del rapporto di lavoro.
Ove il fatto, invece, sia accertato, ma di gravità non sufficiente a fondare il licenziamento, occorre distinguere: se l'insufficienza è riconosciuta dalla contrattazione collettiva o da codici disciplinari, con contestuale previsione dell'irrogazione di una sanzione solo conservativa, si applica la tutela reale; ove l'insufficienza sia

---

[39]Cass., 23 febbraio 1996, n. 1421, in *NGL*, 1996, 405; Cass., 10 novembre 2000, n. 14605, in *NGL*, 2001, 207; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1632,in *RIDL*, 2009, II, 862, secondo la quale il datore può assolvere l'onere della prova anche mediante il ricorso a presunzioni.
[40] Ad es. lo svolgimento di una prestazione lavorativa da parte del lavoratore assente per malattia la disattenzione e l'inaccortezza del prestatore di lavoro; l'aperta contestazione delle direttive aziendali; le assenze del prestatore di lavoro ingiustificate o insufficientemente giustificate. Cfr. Cass., 16 febbraio 2000, n. 1752, *RFI*¸ 2000, Voce *Lavoro*, n. 1672; Cass., 1 aprile 1992, n. 3945. Viola tale principio anche il licenziamento per scarso rendimento, inteso come lesione del principio di diligenza, con onere della prova a carico del datore, sia dello scarso rendimento e alla esigibilità di un rendimento maggiore, sia del nesso di consequenzialità con la notevole violazione degli obblighi di diligenza e osservanza. Cass., 22 marzo 2010, n. 6848; Cass. 10 dicembre 2007 n. 25743. Cass., SS.UU., 1 giugno 1987, n. 4823,in *OGL*, 1987, 710
[41] C. PISANI,*L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice ed onere della prova*, in *MGL*, 2012, p. 742-743; VALLEBONA, *La riforma*..., op. cit., p. 59. *Contra* M. MARAZZA, op. cit., 622; A. MARESCA, op. cit., 441.

semplice (ovvero desunta dalla sola violazione della regola della necessaria proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c.), la tutela sarà meramente indennitaria.
La tutela indennitaria per il licenziamento disciplinare illegittimo è disciplinata al comma 5 del nuovo testo dell'art. 18.
Qui si afferma che il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, 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 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.
La quantificazione dell'indennità tiene conto: dell'anzianità del lavoratore (criterio prevalente, presumibilmente riferito alla anzianità di servizio), 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. L'indennità assorbirebbe ogni risarcimento di eventuali danni, anche non patrimoniali, cagionati dal licenziamento (al pari dell'indennità accordata al lavoratore nell'ambito della tutela obbligatoria *ex* l. n. 604/1966 e per termine nullo ai sensi dell'art. 32, l.n. 183/2010), ma non coprirebbe i danni causati da fatti diversi dal licenziamento in sé considerato (ad esempio, non sarebbe assorbito nell'indennità il risarcimento del danno da licenziamento ingiurioso, rinvenendosi il fatto lesivo non tanto nel licenziamento quanto, piuttosto, nella condotta tenuta dal datore di lavoro nel manifestare la propria volontà)[42].
L'indennità – per la cui corresponsione non è necessaria la prova di alcun danno – è, per espressa previsione normativa, onnicomprensiva
Qualora, infine, il fatto sia accertato e di gravità sufficiente a fondare la risoluzione del rapporto di lavoro, il licenziamento è efficace, valido e lecito.
Giova precisare, che, mentre nelle ipotesi attratte alla tutela reale il licenziamento è invalido (più precisamente annullabile), ove si applichi la tutela indennitaria (come già per quella obbligatoria) il recesso datoriale è ritenuto valido (ovverosia pienamente efficace e non caducabile) ma al contempo illecito.

4. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste nelle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3, legge n. 604 del 1966), il cui onere della prova è a carico del datore di lavoro (art. 5, legge n. 604 del 1966).

---

[42]A.VALLEBONA, *La riforma*…, op. cit., 58 ss.

Il datore di lavoro deve dare anche la prova dell'inevitabilità del licenziamento, ossia del licenziamento come *extrema ratio*, e cioè di non potere utilizzare altrimenti il lavoratore (es. non potere destinare il lavoratore ad altro ufficio) in mansioni equivalenti (c.d. obbligo di repechage).
Il controllo da parte del giudice circa le ragioni è un controllo di mera legittimità, essendo precluso (art. 41 Cost., art. 30, comma 1, l. n. 183 del 2010) un controllo di merito sulle scelte imprenditoriali.
Anzi, ai sensi dell'art. 1, comma 43, legge n. 92 del 2012, l'eventuale verifica di merito costituisce "violazione di norme di diritto", legittimanteil ricorso per cassazione (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.).
Esso consiste nella verifica della effettiva sussistenza delle ragioni poste a base del licenziamento e non pretestuosità o arbitrarietà (es. effettivo calo di fatturato), oltre che nella verifica del nesso di causalità tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento, che deve essere diretta conseguenza della scelta del datore di lavoro (es. il calo di fatturato è proprio in quel reparto in cui opera il lavoratore e non in altri, diversi, settori aziendali).
Inevitabilmente però, nella prassi, la verifica del giudice sulla sussistenza delle ragioni alla base del licenziamento spesso si risolvono in un sindacato di merito delle scelte imprenditoriali.
La disciplina dei rimedi avverso i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo illegittimi si rinviene nel comma 7 del nuovo testo dell'art. 18.
Giova evidenziare che con la riforma del 2012 è stata introdotta un'apposita procedura preventiva ed obbligatoria di conciliazione da esperire nel caso in cui il datore di lavoro, in possesso dei requisiti dimensionali di cui al comma 8 dell'art. 18, intenda procedere a licenziamento per giustificato motivo oggettivo.
Come per i licenziamenti disciplinari, anche per i recessi datoriali per giustificato motivo oggettivo sono previste due diverse tutele, reale e indennitaria, a seconda del tipo di ingiustificatezza di cui sia affetto il licenziamento.
Nel dettaglio, è riconosciuto il diritto alla conservazione del posto di lavoro ove il licenziamento sia illegittimo per asserita ma insussistente inidoneità fisica o psichica del lavoratore; per mancata assegnazione del lavoratore, divenuto inabile allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia, a mansioni equivalenti o inferiori (e dunque in violazione dell'art. 4, comma 4, l.n. 68/1999); perché intimato a lavoratore disabile obbligatoriamente assunto, nonostante al momento della cessazione del rapporto il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente fosse inferiore alla quota di riserva (pertanto in violazione dell'art. 10, comma 4, l.n. 68/1999).
La prima ipotesi di applicazione della tutela reale concerne i licenziamenti illegittimi per errata rilevazione dell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore o, comunque, per violazione della normativa sulla tutela dei disabili.

La tutela reale è riservata anche al lavoratore illegittimamente licenziato per asserito (ma insussistente o comunque non dimostrato in giudizio) superamento del periodo di comporto.
Nel silenzio della legge, in caso di licenziamento per asserito (ma insussistente) superamento del periodo di comporto: secondo un primo orientamento giurisprudenziale, il recesso sarebbe stato nullo, per violazione di norma imperativa (ovvero l'art. 2110 c.c.), con conseguente applicazione della tutela reale di diritto comune in caso di piccolo datore di lavoro e, nel vigore del precedente testo dell'art. 18, della tutela reale speciale ivi disciplinata in caso di medio-grande datore di lavoro[43].
Stando, invece, ad un secondo percorso interpretativo, il licenziamento si sarebbe dovuto considerare ingiustificato, con conseguente applicazione della tutela reale o obbligatoria a seconda delle dimensioni occupazionali dell'azienda[44].
Il legislatore del 2012, implicitamente, aderisce a questo secondo orientamento, applicando al licenziamento illegittimo per mancato superamento del periodo di comporto la medesima disciplina dettata per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo di maggior gravità.
Le ipotesi contemplate dalla legge n. 68 del 1999, tuttavia, non esauriscono l'area del licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica.
Sul punto si rinvia alla formulazione letterale dell'art. 18, comma 7: "licenziamento intimato, *anche* ai sensi degli articoli...". Per cui possono porsi problemi relativi alla sopravvenuta inidoneità anche al di fuori delle situazioni qualificate dalla condizione di disabilità ai sensi della legge n. 68 del 1999 e le tutele in caso di licenziamento potrebbero essere rinvenute nella stessa normativa speciale, che comunque richiama la nozione di giustificato motivo di licenziamento, riferendosi alla nozione di cui all'art. 3, seconda parte, della legge n. 604 del 1966[45].
Ancor più esplicita è la giurisprudenza, quando afferma espressamente che la sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore costituisce un giustificato motivo oggettivo di licenziamento[46].
Almeno fino ad oggi, quindi, l'inidoneità psico- fisica è stata considerata una *species* del più ampio *genus* del giustificato motivo oggettivo: l'inidoneità, del resto, non può che essere strettamente collegata con l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro: come testimonia del resto i riferimenti a tali concetti operati dalla stessa legge n. 68 del 1999.

---

[43]Si vedano Cass., 26 ottobre 1999, n. 12031; Cass., 21 settembre 1991, n. 9869
[44]A. VALLEBONA, *La riforma*..., op. cit., p. 60 ss.
[45] MEZZACAPO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo,* pp. 61 ss., in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), I *licenziamenti individuali, collettivi e gli ammortizzatori sociali alla luce della L. n. 92 del 2012*, Torino, 2013,
[46] Cfr., *ex plurimis*, Cass. 23 aprile 2010, n. 9700; Cass. 7giugno 2003 n. 10272.

Infine, il lavoratore può essere garantito dalla tutela reale in caso di licenziamento illegittimo per manifesta insussistenza del fatto che vi è posto alla base.
Il fatto di cui si discute è il motivo oggettivo od economico indicato nella motivazione del licenziamento. A mente dell'art. 3, l. n. 604/1966, tale motivo è integrato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.
Per ciò che concerne i fatti integranti giustificato motivo oggettivo, va innanzi tutto evidenziato come, vista l'incidenza dell'art. 18, comma 7 unicamente sull'aspetto sanzionatorio, i requisiti posti dalla giurisprudenza per la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sembrano destinati a rimanere gli stessi.
In effetti, questi continuano a comprendere i fatti strettamente connessi alla gestione dell'organizzazione produttiva e quelli attinenti alla persona del lavoratore, ma con ricadute sulla sua utilizzabilità da parte del datore di lavoro, come nel caso di inidoneità fisica sopravvenuta o perdita di requisiti soggettivi (si pensi, ad esempio, al permesso di soggiorno per il lavoratore extracomunitario; al porto d'armi per la guardia giurata o all'ipotesi di carcerazione preventiva).
La ricorrenza del motivo oggettivo si fonda sul presupposto della effettività della scelta organizzativa[47]che comporti una riduzione della forza lavoro impiegata, come ad esempio attraverso un'esternalizzazione di uno o più segmenti produttivi o una ridistribuzione delle mansioni.
Al giudice è fatto divieto di sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione.
La violazione dei limiti al sindacato di merito costituisce, ai sensi dell'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010, così come modificato dalla riforma del 2012, motivo di ricorso per Cassazione per violazione di norme di diritto[48].
Altro elemento presupposto e requisito del giustificato motivo oggettivo è quello della sussistenza del nesso causale tra scelta organizzativa e licenziamento[49]. E

---

[47]A titolo puramente esemplificativo, si v. Cass., 14 maggio 2012, n. 7474, in, 2012, 5, 608; in *MGC,* 26 novembre 2011, n. 19616, in *MGC,* 2011, 9, 1345; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, in *GD,* 2011, 36, 74.
[48]Tenendo conto del fatto che i parametri giurisprudenziali di sindacato del giudice sono quelli dell'effettività della ragione addotta a giustificazione del recesso e del rispetto dei canoni di buona fede e correttezza per determinare quale sia il soggetto destinatario del provvedimento espulsivo, con applicazione analogica dei criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991. Sul punto, si v. Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *ADL,* 2011, 4-5, 2, 1098 ss. con nota di Villa.
[49]Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, in *OGL*, 2010, 469; Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *Riv. crit. dir. lav.,* 2010, 857 con nota di Bordone; Cass. 14 marzo 2006, n. 5496, in *NGL*, 2006, 28; Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *RIDL*, 2004, 2, 838; Nella giurisprudenza di merito, si segnalano App. Roma, 29 marzo 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 905; Trib. Milano 16 luglio 2008, in *OGL*, 2008, 739.

ciò anche alla luce dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, ovverosia dell'impossibilità di *repechâge*[50], anche con ricollocazione in un diverso segmento produttivo dei lavoratori, o addirittura all'estero (e fatti salvi i casi in cui tutte le posizioni lavorative siano equivalenti a fronte di una generica esigenza di riduzione del personale in modo omogeneo e fungibile, che prescinda dalle professionalità, dovuto a riduzione di fatturato, crisi, riassetto o riorganizzazione aziendale, o comunque per contrazione reale dell'attività)[51].

Perché possa essere accordata la tutela reale è necessario che la mancanza del motivo oggettivo sia manifesta.

Si può ritenere che, ove il motivo oggettivo concerna la persona del lavoratore si avrà insussistenza manifesta nel caso in cui la dedotta perdita del requisito soggettivo non sia in realtà vera (ad esempio, mancata revoca del porto d'armi per la guardia giurata)[52]. Si avrà invece insussistenza semplice, qualora, ferma la perdita del requisito soggettivo, non si sia data la prova dell'inutilizzabilità altrimenti del lavoratore (ovverosia violazione dell'obbligo di *repechâge*).

Ove infatti il motivo oggettivo riguardi l'azienda si avrà insussistenza manifesta nell'ipotesi in cui non sia provata l'effettività della scelta organizzativa (ad esempio non risulta che il datore di lavoro abbia effettivamente esternalizzato una fase della produzione), oppure qualora difetti il nesso causale tra effettiva riorganizzazione e licenziamento (come nel caso in cui sia licenziato un lavoratore impiegato in un segmento produttivo diverso da quello esternalizzato) ed insussistenza semplice quando, infine, nonostante l'effettività della scelta organizzativa e del nesso causale, il datore di lavoro non abbia provato l'impossibilità di procedere al *repechâge* oppure non abbia applicato criteri oggettivi nella selezione del lavoratore da licenziare in caso di pluralità di persone con mansioni omogenee e fungibili[53].

La manifesta insussistenza non è, tuttavia, sufficiente a determinare l'applicazione della tutela reale, rappresentando unicamente il presupposto per l'esercizio dell'equità integrativa del giudice, il quale "può", in tal caso, applicare

---

[50] *Ex multiis* v. Cass. 19 agosto 2009, n. 18387, in *OGL*, 2010, pp. 441 ss.; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, in *RIDL*, 2009, II, 64. Stessi principi si applicano anche nel caso di provvedimento espulsivo dovuto ad impossibilità fisica sopravvenuta. Sul punto si veda Cass. 27 giugno 2003, n. 10272, in*AC,* 2004, 533.

[51] A titolo puramente esemplificativo, si v. Trib. Roma, 17 giugno 2011, in *LG*, 2011, 10, p. 1060.

[52] Si vedano, a titolo esemplificativo. Cass. 30 ottobre 2002, n. 15366, in *Foro it.*, 2003, I, p. 142; Cass. 19 dicembre 1998, n. 12719, in *NGL* 1999, 212.

[53] Sul punto, già M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, in La Riforma del Lavoro, Il Sole 24 Ore- Guida Normativa, 2012, 57 ss. Contra, F. SCARPELLI, in *Il licenziamento individuale per motivi economici*, Guida alla Riforma Fornero, I Quaderni Wikilabour, 2012,79 ss., secondo cui anche la violazione dell'obbligo di *repechâge*determina la manifesta infondatezza del licenziamento.

la più corposa garanzia a tutela del lavoratore[54]. La tutela reale, in sostanza, si traduce in una *extrema ratio*, attribuita al lavoratore solo ove il giudice accerti l'insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento e, nel contempo, ritenga di dover applicare tale tutela[55].

Va peraltro sottolineata la diversa opinione secondo cui la tutela reale in caso di «manifesta insussistenza del fatto» non dovrebbe essere soggetta a facoltà di scelta da parte del Giudice[56].

Trova invece applicazione la tutela meramente indennitaria ove la mancanza del motivo oggettivo sussista ma non sia manifesta e la mancanza sia manifestamente sussistente, ma il giudice non ritenga di applicare la tutela reale.

La tutela indennitaria, stante il rinvio operato dal comma 7 dell'art. 18, è la medesima accordata in caso di licenziamento disciplinare illegittimo per ingiustificatezza non qualificata ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al comma 5 dell'art. 18, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura obbligatoria e preventiva di conciliazione.

Ciò nonostante, alla luce della ordinanza oggetto della attuale analisi, il "fatto" è la scelta organizzativa del datore di lavoro, presupposto del provvedimento espulsivo, suffragata dalla prova delle ragioni economiche addotte ex art 3, l. n. 604 del 1966[57].

Con la conseguenza che, in caso di violazione dell'obbligo di *repechâge*, il giudice è tenuto – come ha effettivamente fatto nel caso di specie - ad applicare la sola tutela indennitaria di cui al comma 5.

D'altronde, limitando il fatto alle sole circostanze oggettive in base alle quali il datore di lavoro sopprima il posto di lavoro, si rischierebbe una applicazione a casi marginali della tutela reale, già di per sé facoltativa[58]. E, altrettanto, estendendo la nozione di fatto anche alla violazione dell'obbligo di *repêchage*, in quali-

---

[54] Ed in ogni caso l'aggettivo "manifesta" ha il solo rilievo di enfatizzare, secondo taluni, il concetto di insussistenza, di per sé determinante. Sul punto, si v. F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein* in *Il dibattitosulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in *csdle.lex.unict.it/*, 17 aprile 2012, § 14.

[55] A. VALLEBONA,*La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 58-9: M. MARAZZA,*L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, 3.

[56] A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori*, in*RIDL*,2012, 415 ss. Sul punto, Trib. Milano, 28 novembre 2012, in DRI con nota di G. Santoro-Passarelli.

[57] Cass. 14 maggio 2012, n. 7474; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, cit. Tribunale Cassino, 3 ottobre 2011. In dottrina, V. SPEZIALE, *Il licenziamento individuale tra diritto ed economia*. Convegno: *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara, 10-12 maggio 2012.

[58] C. CESTER, ***Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in *csdle.unict.it*, 6 giugno 2012,** 27.

tà di elemento volto a verificare l'assenza della ragione che giustifichi il licenziamento, renderebbe estremamente difficile individuare le «altre ipotesi» che siano suscettibili di sanzione esclusivamente risarcitoria[59]. Inoltre, va rilevato come l'obbligo di ripescaggio sia proprio il caso di altra ipotesi, ulteriore rispetto all'effettività delle ragioni economiche e al rispetto del nesso di causalità[60].
Il legislatore, in ogni caso, non fornisce al giudice alcun criterio in base al quale decidere per l'una o l'altra forma di tutela. Il che rende imprevedibile ogni decisione al riguardo, con grave *vulnus* al principio della certezza del diritto.
Trova invece applicazione la tutela meramente indennitaria ove la mancanza del motivo oggettivo sussista ma non sia manifesta o laddove la mancanza sia manifestamente sussistente, ma il giudice non ritenga di applicare la tutela reale.
La tutela indennitaria, stante il rinvio operato dal comma 7 dell'art. 18, è la medesima accordata in caso di licenziamento disciplinare illegittimo per ingiustificatezza non qualificata, salvo il fatto che il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al comma 5 dell'art. 18, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura obbligatoria e preventiva di conciliazione.
Va tenuto infine conto delle ultime modifiche normative che hanno dissipato molti dei dubbi sulla applicazione dell'art. 18, comma 7, St. Lav.
L'articolo in questione, difatti, nella parte in cui introduce una procedura conciliativa davanti alla DPL per le ipotesi di gmo deve essere coordinato con l'art. 7 della legge n. 604 del 1966, nel testo novellato dalla legge n. 92 del 2012, tenendo

---

[59] E cioè considerando i tre elementi (fatto – licenziamento – nesso causale) come un unicum. Sul punto, si v. Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417, in *Giur. it*., 2010, pp. 357 ss.; Cass. 23 giugno 2005, n. 13468, in *OGL,* 2005, p. 647; Cass. 17 luglio 2002, n. 10356, in *OGL,* 2002, 935.*Contra*, la diversa tesi espressa in Trib. Reggio Calabria, 3 giugno 2013, secondo cui il datore di lavoro deve dimostrare l'impossibilità di utilizzazione dei lavoratori licenziati in altre mansioni compatibiliil pieno perfezionamento e la validità del licenziamento. Si ricorda inoltre che non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, "*nel senso della loro assoluta, definitiva eliminazione nell'ottica dei profili tecnici e degli scopi propri dell'azienda di appartenenza, atteso che le stesse ben possono essere soltanto diversamente ripartite ed attribuite nel quadro del personale già esistente, secondo insindacabili e valide, o necessitate, scelte datoriali relative ad una ridistribuzione o diversa organizzazione imprenditoriale, senza che detta operazione comporti per ciò solo il venir meno della effettività di tale soppressione a meno che, il reparto del lavoratore licenziato non abbia in concreto subito alcun ridimensionamento né sia stato diversamente organizzato, sia rimasto invariato il numero dei dipendenti addetti e siano state affidate le prevalenti mansioni del dipendente licenziato ad altri profili professionali, ricorrendo anche al lavoro straordinario, in quanto in tal caso non può ravvisarsi alcun giustificato motivo oggettivo di licenziamento."*Cfr. Trib. Teramo, 13 febbraio 2013, est. Verrico.
[60]U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA. VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, 2001, 215.

conto dell'intervento dell'art. 7, comma 4, del D.L. n. 76/2013, confermato dalla legge di conversione n. 99/2013[61].
Nel corso della procedura le parti, con la partecipazione attiva della commissione di conciliazione, procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso e, in caso di accordo, possono optare per la risoluzione consensuale del rapporto[62].
Il comportamento complessivo delle parti nel corso della procedura viene, inoltre, valutato dal giudice sia ai fini della determinazione dell'eventuale indennità risarcitoria da corrispondere in caso di illegittimità del licenziamento ai sensi dell'art. 18, comma 7, sia ai fini della condanna alle spese ai sensi degli artt. 91 e 92 c.p.c..
L'art. 7, comma 4, del D.L. n. 76/2013, confermato dalla legge di conversione n. 99/2013 accogliendo i dubbi della dottrina[63], e delle prime pronunce interlocutorie della giurisprudenza[64] ha eliminato dal novero dei licenziamenti per i quali sia ammissibile il tentativo obbligatorio di conciliazione il licenziamento per superamento del periodo di comporto ex art. 2110 c.c., in ragione della sua specificità rispetto alle altre tipologie di gmo[65].

---

[61]Ai sensi di quest'ultima disposizione, il datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, Stat. lav., prima di comunicare "il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3, seconda parte, della presente legge" deve esperire una apposita procedura conciliativa davanti alla Direzione territoriale del lavoro volta a far emergere i motivi del licenziamento e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.
[62] Sul punto, si v. MEZZACAPO, *Il licenziamento*, cit., 73 ss. secondo cui, da una parte, la legge incentiva la soluzione consensuale perché garantisce in questa ipotesi al lavoratore il trattamento dell'assicurazione sociale per l'impiego e la possibilità di essere affidato ad una agenzia per il lavoro ai fini di migliori opportunità di ricollocazione professionale.

[63] F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, LG,* 2012, 544. L'A. evidenzia come la procedura sia prevista "con esplicito riguardo" al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966; TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento,* in F. Carinci e Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero, DPL* (inserto), 2012, 63.

[64]Tribunale di Milano del 5 marzo 2013; Tribunale di Milano 22 marzo 2013.
[65] Circ. Min. Lavoro, 5 gennaio 2013. L'art. 7, comma 4, del D.L. n. 76/2013, conv. in l. n. 99 del 2013, oltre a tale ipotesi, esclude dall'obbligo di procedura di conciliazione i licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed i casi di interruzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e per chiusura del cantiere.

4.1 Focus: tentativo di conciliazione

Più specificamente, sono esonerati dalla procedura:

- I datori di lavoro privi di requisiti dimensionali ex art. 18 L. n. 300 del 1970;
- Le organizzazioni di tendenza;
- I datori di lavoro che procedano con licenziamento disciplinare, a prescindere dalla dimensione di impresa.

Sono, altresì, escluse dall'applicabilità della procedura le ipotesi di licenziamento per superamento del periodo di comporto e fine lavori in edilizia (modifica introdotta dalla legge 97/2013 – c.d. "decreto del fare")

La procedura si articola nelle seguenti fasi:

1. Comunicazione del datore di lavoro alla Direzione Territoriale del Lavoro e al lavoratore (per conoscenza) contenente l'indicazione della volontà di procedere a licenziamento per giustificato motivo oggettivo; indicazioni di motivi per i quali si procede e eventuali misure di assistenza alla ricollocazione.
2. Convocazione delle parti entro 7 giorni (termine perentorio) da parte della Direzione Territoriale del Lavoro. Presunzione della conoscibilità dell'atto con il recapito della convocazione al domicilio del lavoratore.
3. Incontro tra le parti dinanzi alla Commissione Territoriale di Conciliazione. Le parti possono essere assistite dalle organizzazioni sindacali cui sono iscritte o cui conferiscono mandato o da un membro della rappresentanza sindacale dei lavoratori o da un avvocato o consulente del lavoro.
4. Esame di soluzioni alternative al licenziamento (tenendo conto del fatto che il legittimo impedimento del lavoratore - documentato - sospende la procedura per non oltre 15 giorni e che, decorso il periodo, la procedura riprende e il datore di lavoro può effettuare il licenziamento.
6. Conclusione della procedura entro un termine di 20 giorni dalla convocazione, salvo il caso in cui le parti, di intesa, vogliano proseguire l'esame ai fini di un eventuale accordo. In caso di fallimento del tentativo di conciliazione o comunque trascorsi 20 giorni, il datore può intimare il licenziamento.
7. Raggiungimento di accordo con risoluzione consensuale del rapporto. Si applicano le disposizioni in materia di NASpI.

Valutazione da parte del Giudice del contegno tenuto dalle parti nella fase di conciliazione.

Sono previste, quali ipotesi di violazione della procedura, una serie di fattispecie, tutte illegittime ex art. 18, comma 5:

- ✓ Mancato esperimento della procedura.
- ✓ Intimazione del licenziamento prima del decorso dei 20 giorni dalla convocazione (eccettuati i casi in cui il tentativo di conciliazione sia già

fallito o che la Direzione Territoriale del Lavoro non abbia convocato le parti entro i 7 giorni stabiliti).

- ✓ Intimazione del licenziamento per motivi diversi da quelli indicati nella comunicazione del datore di lavoro.
- ✓ Intimazione non tempestiva del licenziamento (dopo un periodo di tempo sufficientemente lungo dalla conclusione della procedura.

Il Giudice, accertata la violazione della procedura, dunque, 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, 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 a tale riguardo.

4.2 Il licenziamento per scarso rendimento e il superamento del periodo di comporto.

Il licenziamento è vietato dall'art. 2110 c.c., comma 2, nel caso di malattia od infortunio del lavoratore.
In tali casi, il lavoratore, ha infatti diritto alla conservazione del posto di lavoro fino a che il periodo di comporto non sia totalmente decorso.
Al termine del periodo di comporto, il datore di lavoro può procedere al licenziamento, con preavviso, ai sensi dell'art. 2118 c.c., ed il giudice deve solo accertare se la malattia abbia superato o meno il termine stabilito dalla contrattazione collettiva.
Il superamento del periodo di comporto è una semplice condizione sufficiente di legittimità del recesso, che non necessita della prova della sussistenza delle ragioni poste a base del licenziamento o del repêchage.
Il periodo di comporto è infatti determinato dai contratti collettivi, o in assenza, dal giudice equitativamente.
Il periodo di comporto può essere secco (o continuativo) quando è riferito ad un'unica assenza continuativa per malattia, oppure per sommatoria, ove si riferisca ad una pluralità di episodi morbosi in un determinato arco di tempo (c.d. eccesso di morbilità).
In altre parole, l'art. 2110 c.c. prevede una ipotesi autonoma di licenziamento, speciale, ma connessa con il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, proprio perché concerne una situazione del lavoratore, a lui non imputabile, che riverbera, quindi, sull'organizzazione dell'azienda.

Quindi, ove non espressamente disciplinato dalla legge, si applica la legge n. 604 del 1966, e le sue parti relative al gmo (onere della prova, motivazione e forma).
Il licenziamento per assenze prima della scadenza del periodo di comporto è stato invece ricondotto allo scarso rendimento e al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, pur rappresentando una ipotesi a metà strada tra ragioni soggettive ed oggettive.
Lo scarso rendimento consiste, infatti, nel continuato difetto di intensità della prestazione lavorativa ed nel mancato raggiungimento di obiettivi minimi ed immediati di impresa (es. numero di corse minimo fatto per l'autista di bus, numero di colli sistemati per il magazziniere), ed è sottoposto ad una prova rigida.
Il datore di lavoro deve infatti dimostrare un inadempimento oggettivo, una "enorme sproporzione" tra la media di produzione aziendale e quella del singolo lavoratore.
Esso è stato recentemente ricondotto a motivo oggettivo di licenziamento – per scarso rendimento –nel caso di un lavoratore per assenze incolpevoli "a macchia di leopardo", qualora esse non determinassero il superamento del periodo di comporto[66].

5. Il licenziamento disciplinare e per motivi oggettivi nel Jobs Act.

Fuori dalle ipotesi previste dall'art. 2, negli altri casi di licenziamento illegittimo il decreto legislativo 23/2015 riconosce al lavoratore tutele diverse a seconda che il licenziamento sia stato intimato da un datore di lavoro che supera le soglie dimensionali fissate dall'art. 18 della legge 300/1970 ovvero da un datore di lavoro che non supera dette soglie.
Per quanto riguarda i licenziamenti comminati dai datori di lavoro di maggiori dimensioni, valgono i seguenti regimi di tutela.

Nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, rispetto al quale sia dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, il datore di lavoro è condannato a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.
Il dipendente ha inoltre diritto di percepire un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e corrispondente al periodo che va dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione. A tale indennità va dedotto sia quanto percepito dal lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative (l'aliunde perceptum) sia le somme che il lavoratore avrebbe potuto percepire accettando una congrua of-

[66]Cass, 4 settembre 2014, n. 18678.

ferta di lavoro (secondo i criteri indicati dall'art. 4, co. 1, lett. c), del decreto legislativo n. 181 del 2000). Inoltre, l'indennità non può essere superiore a 12 mensilità (mentre non è prevista un'entità minima, come invece stabilito per le altre ipotesi di licenziamento nullo o inefficace).
In tutti gli altri casi di licenziamento individuale ingiustificato o intimato in violazione delle procedure prescritte dalla legge (ad es. in materia di licenziamento disciplinare), il rapporto si estingue comunque e al lavoratore è dovuta unicamente una indennità che oscilla tra le 4 e le 24 mensilità (da 2 a 12, se si tratta di violazione procedimentale).
In poche parole, la reintegrazione è una semplice eccezione rispetto al risarcimento del danno, che diventa la regola, con il pagamento di un'indennità onnicomprensiva (cfr. art. 3, comma 1) ed essa spetta solo nell'ipotesi in cui sia "direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato" (che, come detto, è in parte senz'altro fatto giuridico, es. si pensi ad un inadempimento minimo, che non può non essere fatto inesistente).
La prova del fatto materiale inussistente spetta al lavoratore.
Più in particolare, l'art. 3, co. 1, del decreto stabilisce che in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, allorché il giudice accerti l'illegittimità del licenziamento, dichiara l'estinzione del rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a 2 mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio (la base di calcolo è costituita, anche in questo caso, dall'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto).
In ogni caso, l'indennità non potrà essere inferiore a 4 mensilità, né potrà superare le 24 mensilità.
Ai sensi dell'art. 10, il medesimo regime sanzionatorio (indennità pari a due mensilità per ogni anno di servizio, comunque ricompresa tra 4 e 24 mensilità) trova applicazione anche nei casi di licenziamento collettivo illegittimo per violazione della procedura prescritta dalla legge (in particolare, le procedure richiamate all'art. 4, co. 12, legge 223 del 1991) o per violazione dei criteri di scelta (art. 5, co. 1, legge 223 del 1991).

Al lavoratore spetta un mero indennizzo economico anche nell'ipotesi di licenziamento illegittimo per violazione del requisito della motivazione (art. 2, co. 2, legge 604 del 1966) o per violazione della procedura prescritta dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.
In questi casi, tuttavia, l'indennità risulta dimezzata: sarà pari a 1 mensilità per ogni anno di servizio, con un limite minimo di 2 mensilità e un limite massimo pari a 12 mensilità.

6. La tutela degli assunti post 2015 nelle imprese sotto i requisiti dimensionali dell'art. 18.

Per quanto riguarda i dipendenti presso strutture che non raggiungono le soglie numeriche richieste per l'applicazione dell'art. 18 della legge 300/1970, l'art. 9 del decreto legislativo 23/2015 stabilisce che, nei confronti di tali lavoratori, trova applicazione il medesimo regime di tutele previsto per i dipendenti delle imprese di maggiori dimensioni, con due significative differenze: è esclusa la reintegrazione nell'ipotesi del licenziamento disciplinare dichiarato illegittimo per insussistenza del fatto materiale e la tutela economica risulta sostanzialmente dimezzata.
Vale a dire che, in caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore occupato presso un datore di lavoro minore, la reintegrazione varrà solo nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo, orale e per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore.
Negli altri casi, il lavoratore avrà diritto esclusivamente a un indennizzo economico, e quindi, anche se illecito, il licenziamento è comunque idoneo ad estinguere il rapporto a fronte del pagamento dell'indennità ed è così calcolato:

- in caso licenziamento intimato per giusta causa, per giustificato motivo soggettivo o per giustificato motivo oggettivo, se il giudice accerta l'illegittimità del licenziamento, al lavoratore è riconosciuto un indennizzo (non assoggettato a contribuzione previdenziale) di importo pari a 1 mensilità per ogni anno di servizio; in ogni caso, l'indennizzo non può essere inferiore a 2 mensilità, né può superare le 6 mensilità;
- in caso di licenziamento illegittimo per violazione dell'obbligo di motivazione previsto dall'art. 2, co. 2, della legge 604/1966, ovvero, nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, per violazione della procedura prevista dall'art. 7 della Legge 300 del 1970, al lavoratore spetta un'indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) pari a mezza mensilità per ogni anno di servizio, con un limite minimo di 1 mensilità e un limite massimo di 6 mensilità.

In sostanza, la tutela riconosciuta al lavoratore consiste nella sola indennità di cui all'art. 3, comma 1, però ridotta alla metàe quindi consistente una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, da un minimo di due ad un massimo di 6 mensilità.

7. Focus: Offerta di conciliazione.

L'offerta di conciliazione è espressamente disciplinata dall'art. 6, d.lgs. n. 23 del 2015, per il licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tempo indetermi-

nato nel regime delle tutele crescenti (esclusi espressamente dal tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dalla l. n. 92 del 2012).
Si tratta di una ipotesi di conciliazione volontaria per la risoluzione stragiudiziale delle controversie sui licenziamenti illegittimi, dichiaratamente finalizzata allo scopo di "evitare il giudizio ". La non imponibilità fiscale della somma riconosciuta al lavoratore in sede di conciliazione, connessa all'accesso del lavoratore licenziato agli strumenti di sostegno al reddito per la disoccupazione involontaria (NASpI), dovrebbe spingere verso una più agevole adesione allo strumento conciliativo, anche a fronte dell'alea dell'impugnazione in sede giudiziale e della lunghezza del processo.
Quanto alle modalità applicative, esse sono coerenti col regime delle tutele crescenti: difatti, il comma 1 dell'art. 6 del d.lgs. n. 23 del 2015 prevede che il datore di lavoro può offrire al lavoratore, mediante consegna di un assegno circolare , entro il termine previsto dall'art. 6, comma 1, della legge n. 604/1966 per la impugnazione stragiudiziale del licenziamento (60 giorni dalla ricezione della comunicazione in forma scritta del recesso) un importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio , in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 18 mensilità, che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale.
La conciliazione può operare nelle sedi previste espressamente dallo stesso art. 6, ossia le sedi assistite di cui all'art. 2113, comma 4, del Codice civile o presso le Commissioni di certificazione di cui all'art. 82, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003.
Si tratta concretamente di:

- Commissione di conciliazione istituita presso la Direzione territoriale del lavoro;
- tentativo di conciliazione in sede sindacale;
- sedi previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggior mente rappresentative;
- Collegio di conciliazione e arbitrato irrituale.

E' espressamente disciplinata la c.d. conciliazione modulare.
E' cioè possibile, ex art. 6, conciliare, con modulo distinto, anche altri aspetti relativi alla chiusura del rapporto di lavoro (es. qualficazioni del rapporto, profili di differenze retributive, etc.).
Inoltre è ammesso "tombalizzare" in sede di offerta di conciliazione anche le ulteriori controversie in merito al rapporto di lavoro.
Ovviamente le somme a diverso titolo imputate (es. differenze retributive) restano assoggettate a regime fiscale ordinario.

8. Il licenziamento ad nutum.

Permangono, in deroga a quanto prescritto dall'art. 1, l. 604/66, casi in cui il licenziamento può essere intimato pur in assenza di una giustificazione, in applicazione del regime di libera recedibilità (ad nutum), previsto, in origine dal codice civile.
Inoltre, il licenziamento, in queste ipotesi, può essere intimato anche oralmente, eccettuato quanto prescritto per i dirigenti e viene fatto salvo l'obbligo del preavviso, ai sensi dell'art. 2118 c.c., tranne nell'ipotesi di recesso per giusta causa (art. 2119 c.c.).
La deroga è giustificata, a seconda dei casi,dalla natura fiduciaria del rapporto;dallo specifico contenuto della prestazione lavorativa; dal venire meno dell'interesse alla stabilità del posto di lavoro.
Nello specifico, il licenziamento *ad nutum* è consentito nei confronti di: dirigenti (art. 10, l.n. 604/1966); lavoratori in prova, per tutto il periodo della prova fino ad un massimo di 6 mesi (art. 10, l.n. 604/1966); lavoratori domestici (art. 4, comma 1, l.n. 108/1990); atleti professionisti (art. 4, comma 8, l.n. 91/1981);lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici (art. 4, comma 2, l.n. 108/1990).
Quanto ai dirigenti, la deroga alla regola della necessaria giustificazione si applica a tutti i tipi di management, sia apicale che minore, individuati secondo la definizione fornita dalla contrattazione collettiva.
Il licenziamento, nei confronti dei dirigenti, deve essere comunque intimato in forma scritta, a mente dell'art. 2, l.n. 604/1966.
In ogni caso, la contrattazione collettiva ha introdotto una tutela di tipo obbligatorio, con obbligo di giustificazione del recesso e di versamento di un'indennità (c.d. supplementare), di natura risarcitoria, in caso di assenza del requisito sostanziale.
E' fatta salva, nei confronti dei dirigenti, anche la nullità del licenziamento nei casi previsti dall'art. 18, commi 1 – 3 St. Lav. e dall'art. 2, d.lgs. n. 23 del 2015, qualora ricorrano.

Capitolo III
L'impatto del Jobs Act sulla disciplina dei licenziamenti collettivi

1. La Nozione Di Licenziamento Collettivo E Le Fattispecie Disci-plinate Dalla Legge N. 223/1991. – 2. Profilo causale dei licenziamenti collettivi. - 3. Contenuto generale e finalità delle procedure. - 4. I criteri di scelta. - 5. I rimedi contro i licenziamenti illegittimi o inefficaci. - 6. Il sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi alla luce della legge n.183 del 2014 (c.d. Jobs act).

1. La Nozione Di Licenziamento Collettivo E Le Fattispecie Disciplinate Dalla Legge N. 223/1991

L'istituto del licenziamento collettivo si sostanzia in due sottoipotesi: il licenziamento per cosiddetto collocamento in mobilità (rectius licenziamento collettivo, ex art. 2, commi 72 e 73, legge n. 92/2012) ed il licenziamento per cosiddetta riduzione del personale, regolate rispettivamente dall'art. 4 e 24 della legge n. 223/1991; vi sono inoltre casi particolari, segnatamente:

- il licenziamento per cessazione dell'attività imprenditoriale;
- quello per procedura concorsuale.

La prima ipotesi, quella per c.d. messa in mobilità è strettamente connessa con la cassa integrazione guadagni straordinaria, essendo applicabile esclusivamente a quelle imprese che siano state ammesse a tale trattamento straordinario di integrazione salariale; ricorrendo pertanto, in tutti quei casi dove le imprese realizzino l' endemicità della crisi e non siano in grado di garantire il reimpiego di tutti i lavoratori sospesi.
Per quanto attiene al profilo qualitativo ovvero all'elemento causale di questa ipotesi di licenziamento collettivo, occorre fare riferimento all'art.4 comma 1 della legge n. 223/1991, il quale dispone: «l'impresa che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, qualora nel corso di attuazione del programma di cui all'art 1 ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, ha facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo ai sensi del presente articolo».
Come si evince dal testo dell'art 4 il suddetto elemento di carattere causale si identifica con l'impossibilità da parte dell'impresa di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative che consentano di evitare gli esuberi. Deve inoltre essere sottolineato quanto segue: tra i motivi, ovvero le causali d'intervento, che hanno spinto l'impresa a chiedere l'ammissione alla CIGS e le circostanze diverse sopravvenute all'ammissione al suddetto trattamento determinanti l'eccedenza di personale, non può esservi coincidenza; co-

stituisce infatti un onere della parte datoriale l'obbligo di specificare le ragioni per cui, nonostante l'impresa sia stata ammessa alla CIGS, si trovi nell'impossibilità di garantire il reimpiego di tutti i lavoratori sospesi. Pertanto deve essere chiarito che, alla fattispecie di licenziamento collettivo per c.d. collocamento in mobilità disciplinata dall'art.4, non si applicano i requisiti di carattere spaziale, numerico e temporale che sono invece necessari al fine di integrare la differente nozione di licenziamento collettivo per riduzione di personale. Pare opportuno inoltre segnalare una differenza assai rilevante per i lavoratori coinvolti, concernente il diritto che spetta a quest'ultimi di percepire l'indennità di mobilità; ebbene tale diritto è riservato esclusivamente ai lavoratori appartenenti all'imprese astrattamente legittimate a richiedere l'ammissione alla CIGS, anche laddove in concreto queste non avessero fatto richiesta.
Diversamente l'altra fattispecie quella del licenziamento collettivo per riduzione di personale, prescinde dalla CIGS; possono infatti accedervi, rispettando i requisiti dell'art.24 comma 1, tanto le imprese che avrebbero potuto richiedere l'ammissione al trattamento straordinario di integrazione salariale quanto quelle che difettassero, per mancanza di requisiti richiesti, di tale possibilità.
Per essere integrata tale fattispecie l'impresa deve occupare almeno 16 dipendenti ed il datore di lavoro deve manifestare la volontà di licenziare almeno 5 lavoratori, in un arco di tempo pari a 120 giorni, in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive nell'ambito di una stessa provincia.
Per meglio mettere a fuoco le due diverse fattispecie, occorre sottolineare che queste fanno capo a situazioni differenti, ed in particolare il licenziamento collettivo per c.d. messa in mobilità presenta uno stretto collegamento con le situazioni inerenti alla CIGS; questa si caratterizza infatti «per l'inerenza a cambiamenti strutturali e non transitori, relativi al ciclo economico generale ovvero alla singola impresa, rispetto ai quali non è garantito il mantenimento del precedente livello di occupazione all'interno dell'azienda» .
La via del licenziamento collettivo per collocamento in mobilità disciplinata dall'art. 4, costituisce pertanto l'epilogo di una vicenda di crisi dell'impresa, o comunque di cambiamenti strutturali operati da essa idonei a mettere in crisi il livello occupazionale della stessa, alla quale si tenta di porre rimedio con la prospettazione di un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale e la conseguente ammissione alla CIGS.
Può tuttavia accadere, come in effetti frequentemente accade, che nonostante l'attuazione dei programmi di risanamento presentati al momento dell'ammissione alla CIGS o causa del loro fallimento, l'impresa si trovi nell'impossibilità di reimpiegare tutti i lavoratori sospesi e sia pertanto costretta a ricorrere allo strumento del licenziamento collettivo; l'ipotesi appena descritta è appunto quella rientrante nel fuoco di applicazione della fattispecie di licenzia-

mento collettivo per c.d. collocamento in mobilità, disciplinato dall' art 4 della legge 223/ 1991.
Totalmente differente è invece la situazione presa in considerazione dalla fattispecie di licenziamento collettivo per riduzione di personale ex art 24, che presentandosi come radicalmente estranea all'ambito della CIGS, consente alle imprese, ancorché legittimate a richiedere l'ammissione al predetto trattamento, integranti i presupposti numerici spaziali e temporali richiesti, di calibrare l'elemento forza lavoro in base alle reali esigenze, mediante l'esperimento del licenziamento collettivo.
Può quindi affermarsi, secondo l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza, che le due sottoipotesi rispettivamente disciplinate negli artt. 4 e 24 integrino due distinte ed autonome fattispecie legali di licenziamento collettivo.
Queste, sebbene distinte, stante il rinvio operato dal I comma dell'art. 24 ai commi da 2 a 12 e all'art 5 commi da 1 a 5 («le disposizioni di cui all'art. 4, commi da 2 a 12, e all'art. 5, commi da 1 a 5 si applicano») condividono la medesima disciplina «che si applica ad entrambe le fattispecie».
Precisamente, tale comunanza di discipline si sostanzia nel fatto che in ambedue le ipotesi, la parte datoriale che intendesse procedere ad un licenziamento collettivo è obbligata ad esperire previamente una procedura, cosiddetta di mobilità, la quale si compone di due parti: una fase di consultazione in sede sindacale ed un'altra, eventuale, di carattere amministrativo. La legge impone altresì, che siano rispettati i criteri di scelta dei soggetti licenziabili nonché le peculiari modalità delle comunicazioni finali in essa disciplinate; prevedendo a tal fine un apparato di sanzioni, anch'esse comuni ad entrambe le fattispecie.
Si è già accennato al fatto che la tesi della duplicità di nozioni di licenziamento collettivo sia decisamente prevalente.
Quindi, si ribadisce, la fattispecie del licenziamento collettivo per messa in mobilità (rectius licenziamento collettivo, ex articolo 2, commi 72 e 73, legge n. 92/2012) è disciplinato dall'articolo 4 comma 1 della legge n. 223/1991, il quale dispone «L'impresa che sia stata ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, qualora nel corso di attuazione del programma di cui all'articolo 1 ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, ha facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo ai sensi del presente articolo».
Questa distinta e autonoma nozione di licenziamento collettivo prevede importanti differenze rispetto a quella fissata nell'articolo 24 comma 1 ovvero per riduzione di personale.
In primo luogo deve infatti rilevarsi, che possono accedere a tali sotto-ipotesi di licenziamento collettivo esclusivamente quelle imprese che siano state preventivamente ammesse al trattamento straordinario di integrazione salariale; pertanto

l'ambito di applicabilità della normativa risulta, sotto il profilo soggettivo determinabile facendo rinvio ai requisiti per l'accesso alla CIGS
Queste due distinte nozioni rinviano a situazioni diverse; in particolare il licenziamento per messa in mobilità, interviene laddove l'impresa nel corso di attuazione del programma di ristrutturazione, riorganizzazione o riconversione aziendale realizzi, successivamente rispetto alla richiesta di ammissione alla CIGS, che la crisi che l'ha investita presenti carattere strutturale, e sia quindi impossibile procedere ad un risanamento senza ricorrere ad una modulazione a ribasso della forza lavoro.
Deve pertanto subito chiarirsi che alla fattispecie in parola, non si applicano i requisiti quantitativi, temporali e di carattere spaziale previsti dal comma 1 dell'art. 24 per l'altra fattispecie, quella per riduzione di personale; sussistendo quindi l'obbligo in capo al datore di lavoro di applicare la procedura anche per un solo lavoratore. Un ulteriore significativa differenza si evince dall'art. 16, il quale specifica che hanno il diritto di percepire l'indennità di mobilità solo i lavoratori che siano stati licenziati da imprese «rientranti nel campo di applicazione della disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale», anche se le imprese non vi abbiano fatto ricorso.
Per quanto concerne il profilo causale questo si presenta peculiare rispetto alla formula dell'art. 24 comma 1 concernente il licenziamento per riduzione di personale e consiste alla stregua dell'art. 4 comma 1: nella ritenuta impossibilità da parte dell'impresa di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative che consentano di evitare gli esuberi.
Conclusivamente deve invece registrarsi piena coincidenza, oltre che per la procedura, anche per il regime delle esclusioni che sono perfettamente replicate nell'art. 4. Questo dato fornisce un ulteriore conferma del fatto che gli art. 4 e 24 regolino fattispecie distinte ed autonome, poiché diversamente argomentando resterebbe oscuro il motivo per cui il legislatore si sia premurato di replicare nell'art. 4 le medesime ipotesi di esclusione disciplinate nell'art. 24.
La fattispecie del licenziamento collettivo per riduzione di personale è invece fissata nell'art. 24 comma 1 e prescinde dal preventivo ricorso alla CIGS; possono infatti ricorrervi sia le imprese che non hanno i requisiti per esservi ammesse, sia quelle che pur potendo richiedere l'ammissione al trattamento straordinario di integrazione salariale, ritengano che l'eccedenza di personale abbia carattere non transitorio.
Tale nozione generale di licenziamento collettivo, di matrice comunitaria, si applica «**alle imprese che occupino più di 15 dipendenti, compresi i dirigenti, e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno 5 licenziamenti, nell'arco di 120 giorni, in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive nell'ambito del territorio della stessa provincia**».

Tale fattispecie ai fini della sua applicazione prende in considerazione quindi, requisiti quantitativi, temporali ed un presupposto dimensionale, i quali si affiancano ad un requisito qualitativo attinente al profilo causale.
Pare opportuno chiarire singolarmente come operino tali requisiti rilevando però in via preliminare che il termine "imprese" utilizzato nella norma per definirne il campo di applicazione, deve essere ora inteso in senso tecnico.
Occorre infatti ricordare che l'Italia è stata condannata dalla Corte di giustizia per il mancato recepimento della direttiva 98/59/CE, proprio perché la legge n. 223/1991 restringeva il campo di applicazione alle solo imprese, in luogo della più ampia nozione accolta dalla direttiva la quale si riferiva a tutti i datori di lavoro indistintamente.
Tuttavia, e veniamo al punto, in seguito alla condanna si è adeguata alla legislazione dell'Unione con il D. Lgs. dell'8 aprile 2004 che ha novellato l'art. 24 inserendovi i nuovi commi, 1-bis, 1-ter e 1-quater e sono quindi queste le disposizioni che "i datori di lavoro non imprenditori" debbono osservare.
Passando all'analisi del I comma dell'art. 24 deve mettersi in luce il presupposto dimensionale per rilevare che la disciplina dei licenziamenti collettivi si applica a tutte quelle imprese che occupino più di 15 dipendenti, non rilevando ai fini dell'integrazione di tale presupposto la suddivisione dell'impresa in più unità produttive.
Deve altresì ritenersi applicabile, sebbene dettato in materia di CIGS, l'art. 1 della stessa legge laddove, sulle modalità di calcolo dei lavoratori, prescrive che siano determinate facendo riferimento alla media dei lavoratori occupati dall'impresa nel semestre antecedente all'avvio della procedura.
Per quanto concerne i requisiti quantitativi la legge fissa la soglia di «almeno 5 licenziamenti in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia» che il datore di lavoro intenda effettuare «nell'arco di 120 giorni».
Il momento determinante per rivedere soddisfatto il numero minimo di 5 licenziamenti è quello dell'avvio della procedura.
A completare i suddetti requisiti, emerge anche un profilo causale dei licenziamenti collettivi emergente dalla formula usata dal legislatore di licenziamenti effettuati «in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro»; tale formula deve essere interpretata avendo riguardo alla nozione europea di licenziamento collettivo contenuta nelle Direttive ovvero idonea a ricomprendere **ogni cessazione del contratto di lavoro non voluto dal lavoratore** e indipendente da comportamenti o condizioni soggettive del medesimo (per ragioni economiche).
Anche al fine di analizzare l'ambito soggettivo della norma, ovvero per individuare il novero dei lavoratori coinvolti, l'interprete non può prescindere dall'interpretazione che la Corte di giustizia ha offerto della direttiva 98/59/CE.

Tale interpretazione, come meglio si vedrà, si è posta per molto tempo e fintantoché il legislatore è intervenuto inserendo il nuovo comma 1- quinquies all'art 24, in contrasto con l'opzione propugnata dal legislatore nazionale nell'articolo 4 nono comma della legge del 1991.
L'articolo 4 della legge numero 223 del 1991 nel definire i lavoratori collocabili in mobilità menziona infatti: gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti. Pertanto sulla base di tale dato letterale, si affermò un'interpretazione che escludesse dall' ambito di applicazione della disciplina, de quo i dirigenti, come del resto confermato dall'interpretazione offerta dalla Cassazione.
Il contrasto della soluzione normativa italiana con la giurisprudenza comunitaria era già deducibile nel 2007 quando nella causa c-385/05 la Corte affermava che: «L'articolo 1, n. 1, lettera A della direttiva deve essere interpretato nel senso che esso osta una normativa nazionale la quale esclude anche temporaneamente, una determinata categoria di lavoratori dal calcolo di lavoratori impiegati ai sensi di tale norma»
Tuttavia nonostante fosse già chiaro il segnalato contrasto con la giurisprudenza della Corte, nemmeno con la legge n. 92/2012 (cosiddetta riforma Fornero) si è proceduto all'adempimento; il risultato è stato quello di far scattare a carico dell'Italia una condanna per inadempimento dello stato, stante la non corretta trasposizione della direttiva 98/59/CE.
Il riferimento va precisamente alla recentissima sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 2014 nella quale la Corte afferma: « Avendo escluso, mediante l'articolo 4, paragrafo 9, della legge del 23 luglio 1991, numero 223 […] la categoria dei "dirigenti" dall'ambito di applicazione della procedura prevista dall'artico 2 della direttiva 98/59/CE […] la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi su di essa incombenti in forza dell'articolo 1 par. 1 e 2 di tale direttiva ».
Successivamente a tale sentenza il legislatore è intervenuto con la legge n. 161 del 2014 (legge europea 2013- bis) ed ha provveduto a novellare l'art 24 comma 1, includendo espressamente i dirigenti nell'ambito di applicazione della legge 223/91.
Il legislatore ha inoltre inserito un nuovo comma all'art 24, dove ha stabilito quali norme della procedura di mobilità trovano applicazione al licenziamento collettivo del dirigente, delineando in particolare un sistema sanzionatorio specifico, per l'ipotesi di licenziamento collettivo del dirigente, che risulti intimato in violazione delle procedure ovvero dei criteri di scelta.
Conclusivamente deve segnalarsi che la legge prevede una serie di esclusioni enumerate nell'articolo 24 al comma 4, tali esclusioni da ritenersi tassative sono: la scadenza dei rapporti di lavoro a termine, i casi di fine lavoro nelle costruzioni edili e di attività stagionali o saltuarie; tratto unificante di tale fattispecie è il carattere della temporaneità.

Deve infine segnalarsi che risultano escluse dall'ambito di applicazione della disciplina tratteggiata dalla legge 223/91 le agenzie di somministrazione del personale, anche nei casi di fine lavori nell'ambito di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

2. Profilo causale dei licenziamenti collettivi

Conclusa la disamina dei vari requisiti richiesti dall'art. 24 comma 1, affinché sia integrata la fattispecie di licenziamento collettivo cosiddetta per riduzione di personale, occorre ora soffermarsi sul profilo causale dei licenziamenti collettivi.
Il punto di partenza è costituito dal disposto dell'art. 24 comma 1, il quale chiarisce come l'intenzione del datore di lavoro di effettuare un licenziamento collettivo, debba essere la conseguenza «di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro»; emerge quindi come il Legislatore utilizzi una formula ampia la cui portata omnicomprensiva presenta una chiara matrice comunitaria (direttiva n. 129 del 1975).
Tale norma, che struttura il sistema vigente, ha infatti, come già segnalato, portata omnicomprensiva ed è idonea a ricomprendere tutti quei licenziamenti che prescindano da motivi inerenti alla persona del lavoratore (comprendendo sia quei licenziamenti determinati da una contrazione dell'attività produttiva ovvero della sola forza lavoro, siaquelli dovuti a ridimensionamenti materiali del complesso aziendale ovvero coinvolgenti le strutture aziendali dell' impresa).
In ordine allo spazio di controllo devoluto al giudice deve essere ribadito ciò che costituisce un punto fermo del sistema, ossia che la scelta imprenditoriale sottesa al licenziamento collettivo costituisce espressione della libertà di impresa ed è quindi incensurabile in sede giudiziale .
Pertanto il giudice può controllare ex post la correttezza procedurale dell'operazione e la sua veridicità, essendo al contrario rimesso ogni controllo sull'opportunità della scelta, alle organizzazioni sindacali il cui intervento è garantito dalle stringenti regole procedimentali poste dalla legge 223/91.
Deve essere segnalato quanto disposto dall'ultimo periodo dell'art. 24 comma 1, che ponendosi come norma di chiusura stabilisce che le disposizioni dettate dall'art. 24 trovano altresì applicazione, «per tutti i licenziamenti che nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito, siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione».
Quanto all'onere della prova circa la sussistenza dei suddetti requisiti, esso incombe sulla parte (datore di lavoro o lavoratore) che sostenga che il licenziamento presenti i requisiti indicati dalla norma.
Pertanto, ferma restando la libertà del giudice di qualificare diversamente il licenziamento laddove ciò emerga dai fatti provati dalle parti, spetta alla parte che

intenda far valere la natura collettiva del licenziamento dimostrare in giudizio la sussistenza dei requisiti, essendo esclusa l'applicabilità delle regole previste per i licenziamenti individuali e segnatamente l' art 5 della legge n. 604 del 1966.

3. Contenuto generale e finalità delle procedure

La legge 223/91 stabilisce che in caso di licenziamento collettivo il datore di lavoro che abbia manifestato l'intenzione di darvi corso, sia obbligato ad osservare una articolata procedura c.d. di mobilità, la quale è disciplinata nell'art. 4, commi da 2 a 12 della medesima legge, così come modificato dal D.lgs. n. 151/1997.
Pare inoltre opportuno chiarire che tale complessa procedura trova applicazione sia nella fattispecie di licenziamento collettivo per c.d. messa in mobilità delineata nell'art. 4 comma 1, sia in quella di licenziamento collettivo per riduzione di personale contenuta nell'art. 24 comma 1, proprio a fronte dell'espresso rinvio contenuto in quest'ultima disposizione.
Prima di analizzare il quadro degli interessi coinvolti nella procedura e il loro concreto atteggiarsi nelle varie fasi della stessa, pare opportuno descrivere, seppur sinteticamente, le varie fasi in cui essa si articola; fermo restando che saranno partitamente analizzate nel prosieguo del presente lavoro, appare quindi opportuno soffermarsi sin da ora: sulla comunicazione iniziale che segna l'avvio della procedura, sull'esame congiunto ed infine sulle comunicazione finali successive alle procedure di consultazione .
In primo luogo per quanto concerne la comunicazione iniziale che segna l' apertura della procedura di mobilità, il comma 2 dell'art. 4 sancisce l' obbligo per il datore di lavoro che intende effettuare un licenziamento collettivo di comunicare preventivamente ed in forma scritta tale intenzione «alle rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art.19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché alle rispettive associazioni di categoria», aggiungendo inoltre, nel successivo comma 4, al novero dei soggetti destinatari della comunicazione in parola anche la Direzione Provinciale del Lavoro; occorre altresì precisare che la disposizione in esame prende in considerazione anche l'ipotesi in cui non siano presenti nella azienda interessata dagli esuberi, rappresentanze sindacali aziendali formalmente e regolarmente costituite a norma dell'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori, prevedendo che in quest'ultima ipotesi la comunicazione sia inviata «alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale» . Appare quindi chiaro che i lavoratori pur essendo coloro che alla fine della procedura subiranno il peso dei recessi, non rientrano tra i soggetti destinatari della comunicazione di avvio della procedura, in quanto essi come precisato dalla giurisprudenza della Suprema Corte: «restano destinatari passivi degli effetti del procedimento» e quindi destinatari esclusivamente della comu-

nicazione del recesso . Per tanto è possibile affermare che sia le suddette organizzazioni sindacali, sia gli organismi pubblici coinvolti, sono titolari di un diritto di informazione funzionale al ruolo assegnatogli dalla legge nell'ambito della procedura ; tuttavia la questione afferente alla ricognizione dei soggetti destinatari del diritto di informazione ed in particolare del diritto di trattativa, sarà approfondita nel prosieguo di questo lavoro, con particolare attenzione in riferimento ai dubbi sorti successivamente al referendum abrogativo del 1995, riguardante l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, e l'introduzione delle rappresentanze sindacali unitarie, oltre a tutti i problemi pratici connessi con la questione dell'esatta individuazione dei soggetti legittimati all'esercizio di tali diritti.
In relazione al contenuto che la comunicazione iniziale deve contenere, occorre fare riferimento al successivo comma 3 dell'art. 4 finora preso in considerazione, nel quale il legislatore ha provveduto a determinare analiticamente quali informazioni deve necessariamente contenere la comunicazione iniziale di avvio della procedura; in particolare deve essere sottolineata l'importanza di tale informazioni, in difetto delle quali, la partecipazione delle rappresentanze sindacali e degli altri soggetti coinvolti nella procedura diversi dal datore di lavoro, risulterebbe senza dubbio depotenziata con l'inevitabile conseguenza di frustrare la possibilità che tali soggetti prospettino soluzioni utili e idonee a limitare l'impatto sociale della crisi di impresa . Pertanto alla stregua del III comma dell'art. 4 della legge 223 del 1991 la comunicazione in parola deve contenere l'indicazione: «dei motivi che determinano la situazione di eccedenza», vale a dire l'esposizione delle ragioni economiche sottese alla riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro che giustificano la scelta di licenziare i lavoratori in eccedenza; ed inoltre l'indicazione «dei motivi tecnici, organizzativi e produttivi» che precludono la possibilità di percorrere strade alternative rispetto al licenziamento collettivo; il numero, la collocazione aziendale ed i profili professionali sia del personale in eccedenza, sia del personale abitualmente impiegato; occorre altresì indicare i tempi stimati per l'attuazione del programma di riduzione del personale e ove eventualmente previste, devono essere indicate le misure programmate per attenuare l'impatto sociale dei licenziamenti, nonché il metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle legali oppure frutto della contrattazione collettiva; infine la norma precisa che alla comunicazione in parola «va allegata copia della ricevuta versamento all' INPS a titolo di anticipazione sulla somma di cui all'art. 5, comma 4», ovvero copia del cosiddetto contributo di ingresso riguardante esclusivamente quelle imprese rientranti nel campo di applicazione della CIGS.
Come emerge dalla semplice lettura della norma, il contenuto della comunicazione iniziale è piuttosto dettagliato e deve consentire al sindacato di esercitare attivamente il ruolo di difensore dell'interesse collettivo dell'azienda interessata dagli esuberi ; pertanto, come meglio si vedrà nei paragrafi successivi del presen-

te lavoro eventuali vizi della comunicazione di avvio determinano l'invalidità della procedura e conseguentemente l'inefficacia dei recessi, fermo restando che in seguito alla riforma Fornero tali vizi debbono ritenersi sanabili, in quanto il comma 12 dell'art. 4, legge 223/91 come modificati dalla legge 92/2012, chiarisce che l'accordo sindacale intervenuto nel corso della procedura sia idoneo a dispiegare un' efficacia sanante di eventuali vizi riguardanti il contenuto della comunicazione iniziale di avvio della procedura .

Appare inoltre di fondamentale importanza segnalare, che in seguito al recentissimo intervento operato dal legislatore con la legge 183/2014 (c.d. Jobs Act) e più precisamente in seguito alla riforma del sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi, operata con il D. Lgs. n. 23/2015 , la correttezza della comunicazione di avvio della procedura nonché l'eventuale accordo sindacale volto a sanare quella viziata, assurgono a momento centrale dell'intera procedura. In seguito a tale recente intervento, riguardante esclusivamente i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, l'unica ipotesi, fatta eccezione per i licenziamenti orali tout court ovvero discriminatori, in cui può essere invocata la tutela reintegratoria piena è quella di licenziamento «intimato senza l'osservanza della forma scritta», alla stregua dell'art. 10 del decreto. Tale soluzione si fonda sull'argomento che il legislatore nel far riferimento al licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta abbia voluto differenziare tale ipotesi dal licenziamento intimato in forma orale, identificandolo con un licenziamento collettivo intimato mediante una comunicazione di avvio della procedura lacunosa, incompleta ovvero viziata. Se tale interpretazione si rileverà corretta anche per la giurisprudenza, allora appare evidente come l'accordo sindacale sanante i vizi della comunicazione iniziale, ad ogni effetto di legge introdotto dalla riforma Fornero si caricherà di una importanza decisamente maggiore rispetto a quanto emerge dalla prassi attuale.

Una volta che il datore di lavoro mediante la comunicazione di avvio della procedura abbia reso edotte le rappresentanze sindacali aziendali e le rispettive associazioni, la legge prevede l'eventualità che si proceda ad un esame congiunto, al fine di trovare soluzioni alternative ai licenziamenti . In particolare il comma 5 dell'art. 4 stabilisce che, entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione iniziale, le rappresentanze sindacali aziendali ed i rispettivi sindacati territoriali abbiano la facoltà di richiedere un esame congiunto, ovvero l'apertura di un tavolo negoziale in sede sindacale, al fine espressamente individuato dalla norma «di esaminare le cause che hanno contribuito a determinare l'eccedenza del personale e le possibilità di utilizzazione di tale personale, o di una sua parte, nell'ambito della stessa impresa»; tali obiettivi chiarisce inoltre la norma, possono essere perseguiti anche utilizzando contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del lavoro. In ogni caso anche laddove sia constatata l'impossibilità di evitare i licenziamenti tale fase si rileva centrale, in quanto datore e sindacati, pos-

sono prospettare, come chiarito dalla norma, «misure sociali di accompagnamento intese, in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati». Per quanto concerne i tempi, deve essere chiarito che il termine di quarantacinque giorni, decorrenti dalla data di ricezione della comunicazione di avvio della procedura, entro il quale in forza del comma 6 dell'art. 4 deve essere concluso l'esame congiunto, è posto nell'interesse del datore di lavoro e pertanto il suo superamento non può dispiegare effetti in ordine alla validità della procedura ; tale termine può inoltre essere prolungato laddove un lasso di tempo maggiore appaia utile ai fini del raggiungimento di un accordo sindacale avendo in ogni caso natura ordinatoria . All'esito dell'esame congiunto svolto in sede sindacale il comma 6 dell'art. 4 impone al datore di lavoro di comunicare per iscritto alla Direzione Provinciale del Lavoro l'esito delle consultazioni e, laddove si siano concluse con un esito negativo, altresì i motivi del mancato accordo; inoltre tale comunicazione può essere inviata anche alle associazioni sindacali, tuttavia a fronte del tenore letterale della disposizione, deve escludersi che ciò costituisca un obbligo per il datore di lavoro. Occorre precisare che la legge 223/91 prevede un ulteriore fase di consultazione che si svolge in sede amministrativa; infatti nell'art. 4 comma 7 è stabilito che in caso di mancato accordo, il direttore dell'Ufficio Provinciale del Lavoro «convoca le parti al fine di un ulteriore esame» avente ad oggetto le medesime questioni già affrontate in sede sindacale, al fine di verificare se sussista ancora la possibilità di un accordo, fermo restando che in ogni caso la durata di tale procedura non può eccedere i trenta giorni decorrenti dal giorno in cui l'ufficio riceve la comunicazione da parte dell'impresa dell'esito negativo delle trattative svolte in sede sindacale .

Conclusivamente deve essere sottolineata l'importanza di tale fase, poiché è proprio nell'esame congiunto che trovano voce i variegati e contrapposti interessi che entrano in gioco con l'avvio della procedura.

Nel continuare la disamina del contenuto della procedura di mobilità, occorre soffermarsi, sinteticamente, sulla disciplina delle comunicazioni finali ovvero su quell'adempimento successivo alla procedura di consultazione , che si risolve nella comunicazione dei recessi e necessaria affinché quest'ultimi acquistino efficacia. In particolare l'art. 4 comma 9 stabilisce che una volta raggiunto l'accordo o comunque, laddove questo difetti, una volta conclusa la fase di consultazione, «l'impresa ha facoltà di licenziare gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti»; tale comunicazione ha carattere recettizio e deve essere inviata per iscritto a ciascuno dei lavoratori destinatari del recesso, in quanto nell'ipotesi in cui il datore di lavoro ometta di effettuarla ovvero non osservi la forma scritta, il licenziamento deve ritenersi inefficacie alla stregua dell'art. 5 comma 3 . Oltre che a comunicare i singoli recessi a ciascun lavoratore, il datore di lavoro ha l'onere di inviare la comunicazione, contenete tutte le informazioni analiticamente previste nel comma 9 , anche alle organizzazioni sindacali e alla pubblica amministrazione,

segnatamente: alle RSA o in mancanza alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative; alla direzione regionale del lavoro nonché alla commissione regionale per l'impiego, per quanto attiene agli organismi pubblici. In conclusione deve segnalarsi che il nuovo testo dell'art.4 comma 9 stabilisce espressamente, che le comunicazioni dirette a sindacati ed organismi pubblici debbono avvenire entro sette giorni a partire in base all'interpretazione più plausibile, dal giorno in cui è comunicato il primo recesso.
Conclusa la necessaria disamina del contenuto generale della procedura, pare ora opportuno soffermarsi su ratio e finalità della stessa, avendo riguardo anche ai molteplici interessi in gioco ed al loro concreto atteggiarsi nelle diverse fasi della procedura. In proposito occorre sottolineare che la legge 223 del 1991, nel dare attuazione alla normativa comunitaria, ha scelto la via della "procedimentalizzazione" del potere datoriale di calibrare la forza lavoro impiegata nell'impresa sulla base delle reali esigenze tecnico produttive; vale a dire dell'esercizio di potere di recesso nei casi in cui tale scelta sia collegata a scelte imprenditoriali espressione della libertà di impresa e in quanto tali, tutelate dal primo comma dell'art. 41. In particolare, come notato da autorevole dottrina, tale scelta di porre in essere un licenziamento collettivo «resta insindacabile nell'an, ma viene limitata nel quomodo» , ovvero attraverso la predisposizione di una serie di fasi analiticamente disciplinate, fra le quali assume particolare rilievo quella di consultazione in sede sindacale nella terminologia della legge la fase dell'esame congiunto, ove emerge nitidamente il ruolo assegnato al sindacato che in quanto difensore dell'interesse collettivo dei lavoratori dell'azienda interessata dagli esuberi è chiamato in causa al fine di realizzare quella che è stata acutamente definita una «codeterminazione della crisi aziendale» . In particolare il sindacato deve controllare la sussistenza dei presupposti che il datore di lavoro ha posto alla base della scelta di procedere ad una riduzione del personale e soprattutto è chiamato laddove possibile a prospettare soluzioni alternative rispetto agli esuberi . Deve inoltre essere sottolineato che nella procedura di mobilità è presente anche una fase amministrativa, nella quale l'autorità pubblica è chiamata a salvaguardare interessi di rilievo pubblicistico; l'interesse pubblico è infatti minacciato dall'impatto sociale che la scelta imprenditoriale di procedere ad un licenziamento collettivo può generare e pertanto il coinvolgimento di autorità amministrative appare pienamente giustificato.
Può quindi affermarsi che la procedura è finalizzata a trovare soluzioni alternative agli esuberi o, in ogni caso, a trovare soluzioni per gestire la crisi che siano frutto di un processo dialettico nel quale trovino voce ed adeguata considerazione i molteplici interessi in gioco; tale conclusione appare confermata anche dai penetranti obblighi di informazione gravanti alla stregua dell'art.4 comma 3 sul datore di lavoro, i quali sono appunto funzionali a garantire la partecipazione ef-

fettiva e non meramente formale dei soggetti coinvolti nella procedura ed in particolare del sindacato.
Conclusivamente deve essere ulteriormente sottolineato che in seguito all'intervento normativo operato con il c.d. Jobs Act l'accordo ex art. 4 comma 12 e cioè quello in grado di dispiegare un' efficacia sanante sulla comunicazione viziata, assurge a momento centrale dell'intera disciplina in grado di riverberare effetti sulla ratio e sulla finalità dell'intera procedura. Deve infatti notarsi che mentre una violazione dei criteri di scelta, pur fissati in un accordo sindacale, è sanzionata con una tutela di tipo meramente indennitario, fatta eccezione per l'ipotesi in cui sia dimostrata la natura discriminatoria ovvero in frode alla legge della violazione, una comunicazione di avvio della procedura viziata e non sanata porta ad una tutela di tipo reintegratorio. Pertanto tale situazione è in grado di determinare una fortissima disarticolazione degli interessi interni al gruppo dei lavoratori poiché se il sindacato firmerà l'accordo avente efficacia sanante rispetto ad una comunicazione iniziale viziata, le possibilità per i nuovi assunti di essere reintegrati pure in presenza di gravi violazioni, saranno limitate ad ipotesi eccezionali legate per lo più a motivi discriminatori, cosa che invece non si verifica per i lavoratori che beneficiano del vecchio sistema sanzionatorio. In altre parole quello che si cerca di mettere in luce è che ora al fronte del regime sanzionatorio a doppio binario la principale finalità della procedura, ovvero quello di trovare soluzioni alternative agli esuberi mediante una cogestione della crisi aziendale volta a trovare soluzioni transattive, potrà ora ben determinare l' eterogenesi dei fini di un' azione sindacale volta a tutelare l'interesse collettivo.

4. I criteri di scelta.

L'art. 5 comma 1 stabilisce che: «l'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico produttive del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'art. 4 comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro; carichi di famiglia; anzianità; esigenze tecnico produttive ed organizzative».
In primo luogo emerge come la scelta dei soggetti da individuare non è mai liberamente rimessa ad una decisione unilaterale della parte datoriale; il sindacato è infatti chiamato in prima istanza al delicato ruolo di codeterminare insieme alla parte datoriale la scelta dei criteri che consentano di individuare i singoli lavoratori da licenziare ; è inoltre presa in considerazione l'ipotesi in cui, vuoi perché il sindacato si defili per non incrinare la compattezza del gruppo, vuoi perché la trattativa con il datore di lavoro culmini con un insuperabile esito negativo, l'accordo in parola difetti; e pertanto, nel prevedere tale ipotesi la norma prescri-

ve che siano utilizzati i criteri legali da essa stabiliti. In secondo luogo la norma dovrà essere tenuta in debita considerazione laddove richiede che i predetti criteri, siano essi negoziali o legali, debbano trovare applicazione su una platea di potenziali licenziati delimitata in relazione alle esigenze tecnico produttive ed organizzative dell'intero complesso aziendale.
Appare quindi chiaramente, come i criteri di scelta costituiscano il tramite fra le decisioni economiche e le conseguenze sui rapporti, per identificare quelli costretti a subire il recesso» ed ancora come la disposizione tenti di «assicurare una sintesi accettabile fra l'interesse organizzativo e le esigenze soggettive e familiari .
Pare ora opportuno soffermarsi, dopo aver fornito una panoramica di taglio generale sui problemi connessi all'istituto in esame sui rapporti e le relazioni intercorrenti: tra criteri legali e criteri negoziali, si tratta in particolare di analizzare quelle questioni che presentino punti di contatto con entrambe le fonti, sia quella negoziale che quella legale. Deve essere ribadito che in armonia con quanto già previsto per le varie fasi della procedura di mobilità, la legge chiama il sindacato a gestire anche la spinosa questione della ricognizione dei criteri che saranno poi utilizzati per determinare in concreto quali siano i lavoratori da licenziare; emerge quindi con chiarezza un primo punto fermo in ordine ai rapporti tra criteri negoziali e criteri legali: la legge anche alla luce di un interpretazione sistematica chiama il sindacato ad un ruolo attivo anche sulla scelta in questione, relegando quindi ed è questo un punto fondamentale anche sotto il profilo pratico, i criteri legali fissati nell'art. 5 comma 1 ad un ruolo meramente suppletivo, ovvero trovano applicazione esclusivamente nell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva abbia fallito.
Quanto ai rapporti tra criteri negoziali e legali, fermo restando che essi sono distinti e alternativi, i criteri fissati nell'eventuale accordo devono rispettare sia il principio di non discriminazione ex art. 15 dello Statuto dei lavoratori, sia essere conformi ad un principio di razionalità e ragionevolezza.
Pare ora opportuno soffermarsi sull'importante questione riguardante la delimitazione dell'ambito aziendale entro il quale devono operare i criteri di scelta; si tratta cioè di stabilire in che modo deve essere determinata la platea dei soggetti che saranno presi in considerazione ai fini della comparazione.
La norma precisa che l'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico produttive ed organizzative del complesso aziendale.
L'art. 5 comma 1 opera quindi un doppio riferimento alle esigenze tecnico produttive ed organizzative dell'impresa, da un lato vengono in rilievo al fine di stabilire l'ambito aziendale entro il quale deve avvenire la comparazione, che deve coincidere con l'intero complesso aziendale, salvo eccezioni giustificate da ragioni obiettive, dall'altro è preso in considerazione dalla norma come singolo criterio di scelta legale da applicare in concorso con gli altri.

L'art. 5 comma 1 individua tre differenti criteri: carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico – produttive ed organizzative; come già detto, pare opportuno ribadire ancora una volta che tali criteri trovano applicazione solo laddove manchi l'accordo tra sindacati e datore di lavoro, al quale l'art. 5 comma 1 assegna in prima battuta il ruolo di determinare i criteri in parola, relegando quelli previsti dalla stessa norma ad una funzione meramente suppletiva.
Come emerge già dalla semplice lettura della norma gli interessi da essa presa in considerazione appaiono polarizzati, da un lato vi sono infatti i cd. criteri sociali vale a dire anzianità e carichi di famiglia dall'altro il criterio delle esigenze tecnico – produttive che costituisce il riflesso del potere e della libertà dell'imprenditore di organizzare l'impresa nel modo più efficiente.
I tre criteri in questione devono essere oggetto di valutazione globale, la quale tenga conto e miri ad ottemperare sia le esigenze sociali sia quelle di efficienza organizzativa dell'impresa; pertanto in linea generale devono essere applicati congiuntamente ovvero in concorso tra loro a pena di invalidità dei recessi, tenendo conto del fatto che l'applicazione del criterio delle esigenze tecnico produttive si pone in termini di prevalenza e non di esclusività.
Occorre inoltre segnalare che il legislatore ha previsto per determinate categorie, tradizionalmente più deboli e quindi maggiormente a rischio in caso di licenziamento collettivo, dei divieti di discriminazione tipici previsti quindi da specifiche disposizioni normative. In particolare deve essere segnalato l'art. 15 dello statuto dei lavoratori, che vieta qualsiasi licenziamento fondato su motivi discriminatori diretti ovvero indiretti e ne sanziona espressamente la nullità. Per quanto riguarda invece le specifiche categorie di soggetti tutelati deve essere in primo luogo segnalato l'art. 5 comma 2 della legge 223/1991 che stabilisce che «nell'operare la scelta dei lavoratori da licenziare l'impresa è tenuta al rispetto dell'art. 9 ultimo comma […] della legge 25 marzo 1983, n. 79», e quindi che la percentuale di disabili, che erano stati assunti per legge, licenziabili non può superare le percentuali stabilite dalla legge n. 482/1968, a pena di annullabilità del licenziamento, prevista ex art 10 comma 4, legge n 68/1999 . L'art. 5 comma 2, così come modificato dall'art. 6 della legge n. 236/1993, vieta altresì discriminazioni di genere in quanto vieta all'impresa di licenziare una percentuale di manodopera femminile superiore a quella occupata avuto riguardo delle mansioni prese in considerazione. Sempre nell'ottica di tutela della donna lavoratrice deve essere segnalato quanto previsto dal D. Lgs. n.151/2001 che vieta la possibilità di collocare in mobilità ovvero di sospendere la lavoratrice madre durante il periodo di divieto di licenziamento infine fra gli specifici divieti di discriminazioni deve essere segnalato il divieto di licenziamento per causa di matrimonio che si estende per un periodo che va dalle pubblicazioni fino all'anno successivo alla celebrazione. Deve quindi essere sottolineato che nell'applicazione dei criteri di scelta, siano essi legali o negoziali, il datore di lavoro deve tenere conto degli specifici

divieti di licenziamento previsti dalle disposizioni appena richiamati, e che la violazione dei predetti divieti determina la nullità del licenziamento, e la conseguente applicazione della tutela reintegratoria.

5. I rimedi contro i licenziamenti illegittimi o inefficaci.

Quanto alle sanzioni, in primo luogo, occorre soffermarsi sul sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo o inefficace disciplinato dal vecchio testo dell'art. 5 comma 3 della legge 223/1991, che operava un rinvio al vecchio testo dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n.300 ovvero allo Statuto dei Lavoratori.
La legge n. 92/2012 è infatti intervenuta modificando profondamente il sistema sanzionatorio previsto per i licenziamenti individuali illegittimi e conseguentemente ha provveduto ad un coordinamento anche con i licenziamenti collettivi novellando completamente l'art. 5 comma 3. In particolare il vecchio testo dell'art.5 comma 3 della legge del 91 prendeva in considerazione diverse ipotesi: il licenziamento collettivo viziato in quanto intimato in assenza della forma scritta, in questo caso la legge prevedeva che il licenziamento fosse colpito dalla sanzione dell'inefficacia; ed inoltre, il licenziamento intimato in violazione della procedura prevista dall'art.4 della legge del 91, anch'esso colpito dalla sanzione di inefficacia; ed infine prendeva in considerazione il caso in cui il licenziamento fosse stato disposto in violazione dei criteri di scelta previsti dall'art. 5 comma 1, prevedendo in tale ipotesi l'annullabilità del licenziamento collettivo. E' importante sottolineare che tale sistema pur distinguendo tra i diversi possibili vizi che potevano colpire il licenziamento collettivo operava una piena omogeneizzazione delle conseguenze sanzionatorie prevedendo in entrambe le ipotesi la tutela reintegratoria prevista dall'art.18 del vecchio testo dello Statuto dei Lavoratori; pertanto sia in caso di licenziamento inefficace sia in caso di licenziamento annullabile il lavoratore aveva diritto alla medesima tutela ovvero la reintegrazione nel posto di lavoro. Deve inoltre essere segnalato che per le organizzazioni cosiddette di tendenza era previsto un regime speciale contenuto nell'art. 24 comma 1- ter e 1- quater, tuttora in vigore e che prevede come principale differenza l'esclusione della tutela reintegratoria in favore di una tutela obbligatoria e quindi meramente indennitaria.
Occorre ora passare alla disamina del nuovo sistema sanzionatorio delineato dal nuovo testo dell'art.5 comma 3 della legge 223 del 91, così come modificato dall'art.1 comma 46 della legge 92/2012, nonché alla luce del nuovo art.18 riformato dalla medesima legge; deve essere sin da ora notato che le modifiche operate rompono l'unità del sistema sanzionatorio precedente e procede ad una diversificazione delle tutele volta a limitare l'ambito di applicazione della tutela reale, coordinando l'art.5 comma 3 con il nuovo testo dell'art. 18.

In primo luogo il nuovo testo dell'art.5 comma 3 prende in considerazione l'ipotesi di licenziamento intimato in difetto della forma scritta, prevedendo testualmente che in tale ipotesi trova applicazione «il regime sanzionatorio di cui all'art. 18, primo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300»; in tale ipotesi è quindi prevista, alla stregua dell'art. 18 comma 1 , una piena tutela reintegratoria alla quale si aggiunge come previsto dal comma 2 dell'art. 18 il risarcimento del danno nella misura minima di almeno cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, detratto l'aliunde perceptum. Pertanto la riforma Fornero procede ad una omogeneizzazione delle tutele tra il licenziamento collettivo e quello individuale in riferimento ai licenziamenti orali , che come notato da alcuni autori può essere definito inesistente ancor prima di essere qualificato come inefficace , fatta salva la possibilità che esso sia rinnovato rispettando la forma scritta. Deve inoltre segnalarsi che diversi autori ritengono di poter applicare in via analogica il regime sanzionatorio in parola anche per quei licenziamenti nulli, in quanto discriminatori ovvero intimati in violazione di norme imperative di legge .
Occorre ora prendere in considerazione la seconda ipotesi di licenziamento collettivo viziato, contemplata dall'art. 5 comma 3, ovvero il caso in cui siano riscontrabili una o più violazioni delle procedure imposte, alla stregua dell'art. 4 comma 12, al datore di lavoro che intenda effettuare un licenziamento collettivo. E' proprio in riferimento a tale ipotesi che si registra la più importante modifica operata dalla riforma Fornero sul sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi. Nel caso in cui si verifichino violazioni delle procedure di licenziamento collettivo, non sarà più possibile applicare la tutela reale avendo il legislatore previsto per tale ipotesi, ed è questa la novità più importante, esclusivamente una tutela di tipo indennitario. Più precisamente trova applicazione il regime di cui al terzo periodo dell'art. 18, vale a dire una tutela indennitaria che possiamo definire piena; il cui quantum deve essere determinato avuto riguardo dei criteri indicati dal comma 5 e dal comma 7 del nuovo art. 18, fermo restando che essa deve essere almeno di dodici mensilità e mai superiore a ventiquattro. Sotto un profilo critico una parte della dottrina ha ritenuto positiva l'eliminazione della tutela reale per violazioni della procedura, in quanto ciò determina un allineamento delle tutele tra vizi procedurali del licenziamento collettivo e vizi formali del licenziamento individuale . E' stato inoltre precisato che tale scelta del legislatore appare perfettamente legittima in quanto la tutela reale non può essere considerata costituzionalmente obbligata . Diversamente un altro orientamento dottrinale ritiene discutibile la scelta di eliminare la tutela reale in caso di violazione della procedura sottolineando che l'allineamento delle tutele, diversificate solo in riferimento al quantum dell'indennità, tra violazioni procedurali del licenziamento collettivo e violazioni procedimentali del licenziamento individuale, «mette in discussione la stessa centralità della procedura sindacale» . Sempre in ordine a tale questione è stato infatti affermato che «solo la corretta e progressiva conse-

cuzione e il completamento di tutti gli atti dei quali si compone la fattispecie, senza saltare alcun anello intermedio può garantire il prodursi del duplice effetto […] l'estinzione del rapporto di lavoro e il passaggio contestuale del prestatore licenziato all'esterno, direttamente nelle liste di mobilità» e pertanto in caso di violazione delle procedure la tutela reintegratoria risultava essere quella più coerente con l'impianto sistematico della legge 223 del 1991.
Per quanto concerne invece il caso in cui siano stati violati i criteri di scelta previsti dall'art. 5 comma 1 ovvero contenuti nell'eventuale accordo sindacale, l'art. 5 comma 3 della legge 223/91 opera un rinvio al quarto comma dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Il legislatore conferma quindi in questo caso l'applicabilità della tutela reale, scelta quest'ultima che trova la sua ratio secondo alcuni autori «con l'esigenza di garantire la conservazione del posto di lavoro del lavoratore ingiustamente licenziato». Deve inoltre essere segnalata la previsione contenuta nell'art.17 della legge 223 /91 ove è stabilito che il datore di lavoro può comunque procedere al licenziamento sostituendo i lavoratori illegittimamente individuati come licenziabili in base ad una applicazione scorretta dei criteri di scelta, procedendo quindi in seconda battuta a licenziare quei lavoratori che sarebbero stati individuati come licenziabili se fosse intervenuta ab origine una corretta applicazione dei criteri di scelta .
Infine per quanto concerne gli spazi di controllo devoluti al giudice deve essere ribadito, che è radicalmente escluso un controllo sul merito della scelta imprenditoriale di procedere ad una riduzione di personale essendo quest' ultima scelta, libera e sottratta al controllo giurisdizionale poiché rientrante nella libertà di impresa tutelata dall'art. 41 comma 1 della Costituzione. Al giudice spetta quindi esclusivamente il controllo della regolarità formale e procedurale del licenziamento collettivo, oltre all'effettività della scelta economica organizzativa e sul nesso causale tra la suddetta scelta ed il licenziamento collettivo. Quanto appena detto risulta confermato dall'art.1 comma 43 che novellando l'art. 30 comma 1 della legge 183/2010 ha precisato che eventuali violazioni «in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto», ovvero è ricorribile per cassazione ex art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c..
Conclusivamente deve essere ricordato che tale sistema sanzionatorio resterà in vigore quale norma ad esaurimento esclusivamente per i lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015, poiché per gli impiegati, gli operai e i quadri assunti a partire dal 7 marzo 2015 troverà applicazione, in caso di licenziamento collettivo, il nuovo sistema sanzionatorio delineato nel D.Lgs n. 23 del 2015 attuativo della legge n. 183 del 2014 nota come Jobs Act; all'analisi del nuovo sistema sanzionatorio è dedicato il paragrafo seguente conclusivo del capitolo terzo.

6. Il sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi alla luce della legge n.183 del 2014 (c.d. Jobs act).

Al fine di inquadrare correttamente le novità apportate dal D. Lgs. n. 23/2015 al sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi illegittimi o inefficaci, appare opportuno in via preliminare mettere a fuoco il campo di applicazione del decreto in parola, così come delineato nell'art. 1 dello stesso. In primo luogo, alla stregua del comma 1 , il decreto trova applicazione per tutti i lavoratori assunti con il nuovo contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti, a partire dal 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto in questione; il decreto trova applicazione per i lavoratori assunti con la qualifica di impiegati, operai oppure quadri. In secondo luogo il comma 2 dell'art.1 del D.Lgs 23/2015 stabilisce che il decreto trova applicazione nei casi in cui vi sia conversione del contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, purchè la predetta conversione avvenga successivamente all'entrata in vigore del decreto, vale a dire successivamente al 6 marzo 2015. Infine, nell'ottica di favorire nuove assunzioni il comma 3 del decreto, prende in considerazione quelle imprese che alla data di entrata in vigore del decreto non integrino il requisito dimensionale minimo necessario affinchè sia applicabile la tutela statutaria prevista nell'articolo 18; per queste che possiamo definire " piccole imprese" in senso atecnico, il decreto stabilisce che laddove inseguito a nuove assunzioni tali imprese raggiungano il requisito dimensionale richiesto dall'art. 18 ottavo e nono comma, trova applicazione il suddetto decreto, inclusi i dipendenti assunti precedentemente alla data di entrata in vigore del decreto. Quello che rileva affinché la disciplina prevista dal decreto sia applicabile a tutti i dipendenti dell'impresa è che il requisito dimensionale sia superato successivamente al 6 marzo 2015.

Pare ora possibile dopo aver fornito un quadro di sintesi dell'impatto del Jobs Act ed in particolare del D. Lgs. n. 23 del 2015, procedere alla disamina del nuovo sistema sanzionatorio previsto per i licenziamenti collettivi illegittimi o inefficaci dei nuovi assunti.

La norma che sancisce l'applicabilità anche ai licenziamenti collettivi delle nuove disposizioni dettate per i licenziamenti individuali, è l'art.10 del D. Lgs. n. 23 del 2015. Più in particolare la norma prende in considerazione due differenti fattispecie sanzionatorie, ovvero: l'ipotesi in cui il licenziamento collettivo sia intimato in assenza della forma scritta, e quella, che a sua volta contempla due differenti vizi assoggettati però al medesimo regime sanzionatorio, in cui il licenziamento collettivo sia intimato in violazione delle procedure ex art.4 comma 12 ovvero in caso di violazione dei criteri di scelta. Pertanto l'art. 10 del decreto, stabilisce che in caso di licenziamento collettivo intimato in assenza della forma scritta, trova ap-

plicazione il medesimo regime sanzionatorio disposto nell'art. 2 del decreto stesso, in caso di licenziamento discriminatorio, nullo ovvero intimato in forma orale e quindi inefficace. Dunque ai licenziamenti collettivi intimati in difetto della forma scritta si estendono le conseguenze sanzionatorie previste per i licenziamenti individuali affetti da nullità ovvero inefficaci poiché intimati in forma orale. In quest'ipotesi il giudice dichiara il licenziamento collettivo inefficace, ordinando «la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto»; alla tutela reintegratoria il comma 2 dell'art.2 aggiunge una tutela indennitaria, stabilendo che il giudice con la sentenza che accerti l'inefficacia del licenziamento condanni il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore. Per quanto riguarda la determinazione del quantum debeatur del risarcimento, la norma precisa che il giudice deve stabilire «un' indennità commisurata all' ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto»; per quanto concerne il periodo preso in considerazione per la maturazione dell'indennità in parola, questo va dal giorno del licenziamento fino a quello in cui avvenga l'effettiva reintegrazione, fermo restando che deve essere dedotto l' aliunde perceptum. La norma precisa inoltre che «in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità» e che il datore di lavoro è altresì obbligato a versare i contributi previdenziali e assistenziali. Infine deve essere segnalato quanto previsto dal comma 3 dell'art 2 del decreto, vale a dire la facoltà attribuita al lavoratore di richiedere un' indennità pari a quindici mensilità, in luogo della reintegrazione sul posto di lavoro; tale facoltà, che non pregiudica il diritto al risarcimento del danno e determina la risoluzione del rapporto di lavoro, deve essere esercitata «entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall' invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione».
L'art. 10 del D. Lgs. n. 23 del 2015 disciplina inoltre l'ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo per violazione delle procedure previste dall'art. 4 comma 12 oppure per violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 comma 1 della legge n. 223 del 1991; in entrambi i casi l'art.10 esclude la tutela reintegratoria e rinvia alla tutela indennitaria piena disciplinata nell'art.3 comma 1 del decreto in questione. Appare pertanto di fondamentale importanza sottolineare la rilevantissima novità contenuta nel nuovo sistema sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi, costituita dall'abolizione della tutela reale in caso di licenziamento collettivo intimato in violazione dei criteri di scelta . Pertanto, sotto questo profilo il nuovo decreto si pone nella scia di quanto era stato già sancito dalla legge 92/2012 (c.d. riforma Fornero), che aveva abolito la tutela reintegratoria in caso di licenziamento collettivo esperito in violazione delle procedure, prevedendo una tutela di tipo meramente indennitario . Per quanto riguarda la determinazione del quantum della suddetta indennità prevista dal nuovo decreto, deve essere sottolineato che essa è proporzionale all'anzianità di servizio ed è facilmente determinabile in ba-

se ai criteri di calcolo specificati nella legge stessa, viene in tal modo eliminata ogni discrezionalità da parte del giudice in ordine alla determinazione della misura dell'indennità dovuta al lavoratore illegittimamente licenziato. Infatti l'art. 3 comma 1 stabilisce che l'indennità in parola sia «d'importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»; in ogni caso precisa la norma essa non può mai essere inferiore a quattro mensilità e superiore a ventiquattro.
Infine pare opportuno segnalare che sono esclusi dal campo di applicazione del decreto i dirigenti. Il licenziamento collettivo di tale categoria di lavoratori continua ad essere regolato nell'art. 24 e segnatamente nel recente nuovo comma 1-quinquies aggiunto con l'art.16 della legge 30 ottobre 2014 n.161 (c.d. legge europea 2013-bis), che ha provveduto ad adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario in seguito alla sentenza di condanna della Corte di giustizia europea nella causa c-596/2012 del 13 febbraio 2014. A tal proposito è stato correttamente notato che l'indennizzo dovuto ai sensi del comma 1- quinquies al dirigente illegittimamente licenziato per violazione della procedura o dei criteri di scelta «può, irragionevolmente risultare più favorevole di quella prevista dal decreto legislativo per la generalità degli altri lavoratori subordinati neo assunti» .
Per quanto riguarda l'impatto che il decreto genererà, essendo i suoi effetti differiti nel tempo poiché applicabile esclusivamente ai nuovi assunti, si ripropongono questa volta con maggior forza tutte le perplessità sollevate dalla dottrina in ordine all'abolizione della tutela reintegratoria, già operata in riferimento alla violazione delle procedure dalle riforma Fornero, ed ora estesa dal decreto in questione anche all'ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo per violazione dei criteri di scelta. Deve essere infatti sottolineato che l'aver previsto unitamente all'abolizione della tutela reale, la possibilità di calcolare ex ante il costo da sostenere per un licenziamento collettivo illegittimo, si rammenta che ciò è possibile avendo disegnato il legislatore un sistema in cui la misura dell'indennità è certa proporzionale all'anzianità di servizio, esporrà al rischio concreto di incentivare le imprese di grandi dimensioni a pianificare dei licenziamenti collettivi di massa in violazione dei criteri di scelta e/o delle procedure laddove il costo da sostenere, ormai certo e preventivamente determinabile nel suo ammontare, sia inferiore al vantaggio economico raggiungibile mediante la messa in opera di una siffatta operazione. E' quindi di fondamentale importanza che il controllo del giudice, fermo restando l'insindacabilità nel merito della scelta imprenditoriale, sia particolarmente incisiva per quanto riguarda licenziamenti discriminatori mistificati all'interno di una procedura di licenziamento collettivo, ed altresì «sull'effettività della scelta economico organizzativa e sul nesso causale tra questo e l'atto di esercizio del potere».