

AGIDAE

**“GUARDARE AVANTI...
COSTRUIENDO IL FUTURO”**

Convegno Nazionale di Studio

Roma, 23 aprile 2016

Aula Magna

Pontificia Università Urbaniana

Via Urbano VIII, 16

Roma

RIFORMA DEL DIRITTO DEL LAVORO

LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO DAL JOBS ACT AD OGGI

ARMANDO MONTEMARANO

La cessazione del rapporto di lavoro dal Jobs Act ad oggi

ARMANDO MONTEMARANO

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

1. *La giusta causa*

L'art. 2119 cod. civ. consente a ciascuno dei contraenti di recedere dal contratto di lavoro prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto.

Il licenziamento per giusta causa è un licenziamento disciplinare, come tale assoggettato al procedimento ed ai vincoli legali già esposti quando si è trattato del potere disciplinare datoriale. Il licenziamento intimato a motivo di una colpevole condotta del prestatore di lavoro, sia pur essa idonea a configurare la giusta causa di cui all'art. 2119, ha infatti natura «ontologicamente disciplinare» ed implica, per tale ragione, la previa osservanza delle garanzie procedurali stabilite dall'art. 7 Stat. Lav. (Cass. 12 aprile 2003, n. 5855).

Il licenziamento per giusta causa è quasi sempre legato ad una «colpa» del lavoratore e in tanto può considerarsi legittimo in quanto, valutato ogni aspetto del singolo caso concreto, con riferimento anche all'ambiente di lavoro nel quale esso si è verificato, la mancanza di cui il dipendente si è reso colpevole rivesta una gravità tale che qualsiasi altra sanzione disciplinare risulti insufficiente a tutelare l'interesse del datore di lavoro, per l'idoneità dell'infrazione a far venire meno la fiducia di costui nel prestatore di lavoro, che costituisce il presupposto fondamentale della collaborazione tra le parti nel rapporto lavorativo.

L'operazione valutativa nell'applicare clausole generali, come quella dell'art. 2119, deve soggiacere a criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la concreta fattispecie si colloca. In particolare i principi costituzionali impongono un bilanciamento dell'interesse del lavoratore, protetto dall'art. 4 Cost., con quello del datore di lavoro, bilanciamento che in materia di licenziamento per giusta causa si riassume nel criterio della proporzionalità (Cass. 22 aprile 2000, n. 5299), la quale sussiste quando alla lesione dell'elemento fiduciario si accompagni l'esclusività del provvedimento, vale a dire l'inesistenza di altre sanzioni che possano soddisfare l'interesse datoriale perseguito nel contratto di lavoro.

Alla base del licenziamento per giusta causa vi è, appunto, la lesione dell'elemento fiduciario, sicché l'attività di integrazione del precetto normativo espresso dalla norma

elastica dettata dall'art. 2119 va compiuta mediante riferimento alla «coscienza generale», in quanto a legittimare il licenziamento per giusta causa non è sufficiente la perdita di fiducia del datore di lavoro che si ricolleghi ad un suo apprezzamento meramente soggettivo, bensì occorre che il venir meno della fiducia sia oggettivamente determinato dal fatto addebitato al dipendente e dimostrato nella sua esistenza.

La legittimità del licenziamento in tronco, soprattutto nell'ipotesi in cui il fatto contestato non venga così sanzionato in modo espresso dalla disciplina collettiva, presuppone, dunque, l'accertamento della grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, in particolare di quello fiduciario. E questa negazione va stabilita con riferimento non al fatto astrattamente in sé considerato, bensì agli aspetti concreti di esso, afferenti alla natura ed alla qualità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente nell'organizzazione lavorativa, nonché alla portata soggettiva del fatto, ossia alle circostanze del suo verificarsi, ai motivi ed all'intensità dell'elemento volitivo, in quanto, trattandosi della più grave delle sanzioni applicabili al lavoratore, la stessa può essere legittimamente disposta solo quando, dopo un'attenta considerazione di tutte le circostanze del caso, qualsiasi altra sanzione risulti insufficiente a tutelare l'interesse datoriale rispetto al comportamento del lavoratore.

Allo scopo di stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, quindi, da un lato non è sufficiente l'astratta idoneità del fatto a ledere in qualche modo il vincolo di fiducia fra le parti, dall'altro l'entità materiale del danno subito dal datore di lavoro, come pure dell'eventuale vantaggio patrimoniale conseguito dal lavoratore, ha un rilievo del tutto secondario; si deve, invece, tenere conto delle modalità della condotta del dipendente e della sua idoneità a scuotere l'elemento fiduciario, che deve essere leso irreparabilmente dalla ripercussione sul rapporto di una condotta suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento, in quanto sintomatica dell'atteggiarsi del lavoratore rispetto agli obblighi assunti.

Con il licenziamento in tronco è incompatibile un notevole intervallo temporale fra l'accertamento dei fatti e la manifestazione della volontà di licenziare, considerato che la causa che lo deve sorreggere non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto. Il requisito dell'immediatezza della comunicazione del licenziamento va inteso, tuttavia, in senso relativo, in quanto non è escluso da un intervallo di tempo reso necessario dalle peculiarità del caso concreto, sempreché non risulti, comunque, l'acquiescenza da parte del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto. Il principio di immediatezza riflette l'esigenza di osservanza della regola della buona fede e della correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro, non consentendo al datore di lavoro di procrastinare la contestazione, in modo da rendere difficile la difesa del dipendente o da perpetuare l'incertezza sulla sorte del rapporto: nel licenziamento per giusta causa l'immediatezza si configura quale elemento costitutivo del diritto di sanzionare. Non sempre, però, l'intervallo temporale fra l'intimazione del licenziamento per giusta causa e il fatto contestato al lavoratore è rivelatore di una mancanza di interesse all'esercizio della facoltà di licenziare; in particolare, l'incompatibilità degli addebiti con la prosecuzione del rapporto di lavoro può essere desunta da misure cautelari, come la sospensione, adottate nell'intervallo dal datore di lavoro, giacché tali misure dimostrano la permanente volontà datoriale di irrogare eventualmente la sanzione del licenziamento (Cass. 19 agosto 2004, n. 16291).

2. Il giustificato motivo soggettivo

Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso, secondo quanto disposto dall'art. 3 L. n. 604/1966, è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Il giustificato motivo soggettivo è integrato dal notevole inadempimento degli obblighi contrattuali e configura un inadempimento grave, ancorché di entità minore rispetto alla gravità dell'inadempimento costituente giusta causa.

Anche il giustificato motivo soggettivo prescinde dalla circostanza che dal fatto o dal comportamento addebitato al lavoratore sia derivato, o meno, un pregiudizio per il datore di lavoro, sia pure sotto il profilo del pericolo di danno, essendo sufficiente anche qui che si tratti di fatto o comportamento di tale entità e gravità da scuotere la fiducia che sta alla base del rapporto di lavoro considerato in concreto. Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo richiede, pertanto, pur sempre la lesione dell'elemento fiduciario, senza dover rispondere però al principio di esclusività. Si differenzia, quindi, dalla giusta causa per la minore intensità dell'inadempimento e comprende tutte quelle situazioni di fatto che risultino incompatibili con il mantenimento del rapporto, sempreché la difformità rispetto all'esatto adempimento sia tale da escludere ogni oggettivo interesse del datore di lavoro a mantenerlo in vita.

Il potere di risolvere il contratto di lavoro subordinato per il caso di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali deriva al datore di lavoro direttamente dalla legge e non necessita, per il suo legittimo esercizio, di una dettagliata previsione, nel contratto collettivo o nel codice disciplinare, di ogni possibile ipotesi di comportamento illecito, in quanto sarà il giudice a verificare, quando si contesti la giustificatezza del provvedimento, se gli episodi di volta in volta addebitati integrino, o meno, la fattispecie legale. Pertanto, ove pure non siano specificamente previste dal codice disciplinare, costituiscono ragione di valida intimazione del recesso le gravi violazioni dei doveri fondamentali che sorreggono la stessa esistenza del rapporto, quali sono i doveri di diligenza e fedeltà imposti dagli artt. 2104 e 2105 cod. civ. e, specificamente, quelli derivanti dalle direttive datoriali (Cass. 5 febbraio 2000, n. 1305).

Tipico esempio di giustificato motivo soggettivo è costituito dallo scarso rendimento, vale a dire il colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento delle mansioni. Il licenziamento per scarso rendimento costituisce un'ipotesi di risoluzione del contratto di lavoro per inadempimento di cui all'art. 1453 cod. civ. Il mancato raggiungimento di un risultato prefissato non costituisce, di per sé, inadempimento, ma lo diventa quando - e se - siano individuabili dei parametri per accertare se la prestazione sia eseguita con diligenza e professionalità medie; in siffatta ipotesi lo scostamento da essi può costituire indice di non esatta esecuzione della prestazione, sulla scorta di una valutazione complessiva dell'attività resa per un'apprezzabile periodo di tempo (Cass. 9 luglio 2015, n. 14310). La negligenza può essere provata anche solo attraverso presunzioni (Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632) che rivelino un'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione (Cass. 22 febbraio 2006, n. 3876).

«Giusta causa» e «giustificato motivo soggettivo» costituiscono, comunque, mere qualificazioni giuridiche dei fatti che il datore di lavoro ha posto a base del licenziamento, tanto che si ritiene che l'eventuale impugnazione della sentenza di primo grado che abbia dichiarato la legittimità o illegittimità del licenziamento per sussistenza o insussistenza

della giusta causa comprende la minore domanda relativa alla declaratoria della legittimità del licenziamento per giustificato motivo soggettivo ed abilita il giudice di appello a pronunciarsi in tal senso anche in mancanza di espressa richiesta della parte (Cass. 4 gennaio 2016, n. 21).

I comportamenti privati

I fatti addebitati al lavoratore e posti a fondamento del licenziamento disciplinare possono inerire anche alla sua vita privata, purché idonei ad incidere sulla possibilità della prosecuzione del rapporto di lavoro (Cass. 9 agosto 2004, n. 15373). La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto che possano avere ragionevole rilevanza nell'ambito di procedimenti disciplinari anche fatti della vita privata del lavoratore (sentenza 12 gennaio 2016, n. 61496/08).

Questi comportamenti, dunque, in genere irrilevanti, possono tuttavia giustificare il licenziamento quando siano di natura tale da compromettere la fiducia del datore di lavoro nel corretto espletamento del rapporto, in relazione alle modalità concrete del fatto e ad ogni altra circostanza apprezzabile con riferimento alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, alla portata soggettiva dello stesso fatto (Cass. 30 gennaio 2013, n. 2168); in specie se, per le caratteristiche o per le peculiarità del rapporto lavorativo, la prestazione richieda un ampio margine di fiducia o se i comportamenti addebitati possano incidere negativamente sull'immagine del datore di lavoro (Cass. 2 agosto 2010, n. 17969).

La valutazione dell'idoneità dei comportamenti privati a ledere irrimediabilmente l'elemento fiduciario e della proporzionalità del licenziamento va condotta con riferimento ai fatti concreti. È stato così ritenuto, ad esempio, che la dipendenza da alcool non è di per sé motivo sufficiente a far venire meno la fiducia del datore di lavoro, essendo necessario accertare di volta in volta la condotta del dipendente, nella concretezza dello svolgimento del rapporto, così come per ogni altro lavoratore, alla stregua degli ordinari criteri stabiliti dalla legge e dal contratto collettivo, al fine di valutare la legittimità o meno del provvedimento (Cass. 26 maggio 2001, n. 7192).

Non poche sono le decisioni impennate sull'estensione del diritto di critica di cui è titolare il lavoratore subordinato nell'ambito della più ampia libertà di opinione; in genere si ritiene che al dipendente debba essere riconosciuto il diritto di critica, anche aspra, nei confronti del datore di lavoro, ma che ciò non consente di ledere l'immagine datoriale con riferimento a fatti non oggettivamente certi e comprovati, poiché il principio della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. incontra i limiti posti dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà altrui e deve essere coordinato con altri interessi degni di pari tutela costituzionale (Cass. 22 agosto 1997, n. 7884). L'esercizio del diritto di critica non deve superare i limiti della continenza sostanziale - nel senso di corrispondenza dei fatti alla verità, sia pure non assoluta ma soggettiva - e della continenza formale - nel senso di misura nell'esposizione dei fatti (Cass. 18 settembre 2013, n. 21362).

3. I licenziamenti disciplinari illegittimi

Si è a lungo ritenuto che le clausole della contrattazione collettiva che prevedono, per specifiche inadempienze del lavoratore, l'irrogazione del licenziamento non avrebbero dovuto esimere dalla necessità di accertare in concreto la reale entità e gravità delle infrazioni addebitate al dipendente e il rapporto di proporzionalità tra sanzione e

infrazione, tenendo conto delle circostanze del caso concreto e della portata soggettiva della condotta (Cass. 26 maggio 2000, n. 6900).

Questo principio è stato scardinato dalla L. n. 183/2010 e successivamente dalla L. n. 92/2012 e dal D.Lgs. n. 23/2015, che hanno profondamente innovato le conseguenze della violazione dell'art. 7 Stat. Lav. e, prima ancora, il suo stesso contenuto dispositivo con specifico riferimento al licenziamento.

L'art. 30, comma 3, della legge n. 183 dispone, infatti, che nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice deve tenere conto delle tipizzazioni di «giusta causa» e di «giustificato motivo» presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione; e non solo, ma pure che nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento il giudice deve tenere ugualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e, comunque, considerare le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento.

La conseguenza dovrebbe essere che non potrebbe più essere negata la proporzionalità tra infrazione e sanzione non conservativa quando la contrattazione collettiva preveda che un determinato comportamento sia sanzionato con il licenziamento. Il che è avvalorato dalla circostanza che il quarto comma dell'art. 18 Stat. Lav. come riformato dalla L. n. 92/2012, consente di disporre la reintegrazione soltanto per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Occorre, allora, definire la nozione di «fatto contestato». E anche quella di «fatto materiale» cui, per i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015, si riferisce, nella stessa materia, l'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015 («esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione»).

L'art. 1 L. n. 92/2012 ha modificato il quarto e quinto comma dell'art. 18 Stat. Lav. sostituendo, in caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, all'originaria sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro (con corresponsione di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al corrispondente versamento contributivo), un regime di tutele parallele: una, istituita dal quarto comma, fondata sulla reintegrazione «debole», l'altra, disciplinata dal quinto comma, di contenuto solo rimediabile (indennità risarcitoria, senza reintegrazione né versamenti contributivi).

Il quarto comma dispone infatti, come accennato, che nelle ipotesi in cui sia accertato che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per insussistenza del «fatto contestato» (ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili), il licenziamento va annullato e il datore di lavoro condannato alla reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca

di una nuova occupazione; in ogni caso, la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto.

Il quinto comma prevede, invece, che «nelle altre ipotesi» di insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo va dichiarato risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condannato 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.

Questa normativa risulta, a sua volta, innovata per i lavoratori assoggettati dal D.Lgs. n. 23/2015 al «contratto a tutele crescenti», ai quali l'art. 3, comma 2, del decreto accorda la tutela reale (seppure con reintegrazione «debole»), nelle sole ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del «fatto materiale» contestato, rispetto alla quale deve restare estranea ogni valutazione circa l'eventuale sproporzione del licenziamento.

Il problema interpretativo che si pone, tanto nel regime statutario quanto - e ancor di più - nel regime delle tutele crescenti concerne, in entrambi, la «sussistenza del fatto» e, nel secondo, la nozione di «fatto materiale».

Nella sentenza n. 23669 del 6 novembre 2014 la Cassazione ha rilevato, anzitutto, che l'art. 18 Stat. Lav., a seguito degli interventi operati dalla L. n. 92/2012 sul testo originario, mantiene distinta 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 o insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento; tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che va condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo all'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. Il legislatore della riforma avrebbe introdotto, nella sostanza, due distinti tipi di tutela: reintegratoria, quando sia accertato che il fatto non sussiste ovvero che rientra nelle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base della normativa contrattuale o del codice disciplinare applicabili, rimediabile quando il fatto sussiste ma non integra la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo (e non è espressamente contemplato quale infrazione dalla normativa contrattuale o dal codice disciplinare).

In base a questa interpretazione, il «fatto materiale», per rimanere pur sempre un «fatto contestato», deve avere necessariamente rilevanza disciplinare, sicché deve ritenersi insussistente un fatto materiale che non si traduca in un inadempimento contrattuale del lavoratore. Sicuramente insussistente, in questa stessa ottica, sarebbe un fatto che non si fosse verificato nella realtà fenomenica o che, pur essendosi materialmente verificato, non è ascrivibile al lavoratore (Trib. Roma. 17 novembre 2015, in «Guida Lav.» 2016, 9, 29). Il che starebbe a significare che un fatto materiale, ascrivibile al lavoratore, di rilievo disciplinare, non previsto espressamente quale infrazione dalla contrattazione o dal codice disciplinare, pur se non integrante giusta causa o giustificato motivo soggettivo comporterebbe l'estinzione del rapporto lavorativo.

Ma l'orientamento fatto proprio dalla sentenza n. 23669/2014 è stato superato dalla sentenza n. 20540 del 13 ottobre 2015. In questo provvedimento la Corte si limita a

ritenere «non plausibile» che il legislatore, parlando di «insussistenza del fatto contestato», abbia voluto negare la tutela reintegratoria nel caso di «fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità», ossia non suscettibile di alcuna sanzione. Non si è però pronunciata sull'interpretazione del quinto comma, indispensabile per lumeggiare anche quella del comma precedente con argomenti non apodittici e adeguati alla disposizione dettata dall'art. 12 delle preleggi, dal momento che era estranea al caso sottoposto al suo giudizio la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta rispetto alla sanzione espulsiva. La conclusione tratta comunque dalla Corte regolatrice, vale a dire che la completa irrilevanza giuridica del fatto (fatto «non illecito») equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione, non appare in contrasto con i principi formulati nella sentenza n. 23669/2014, semmai ne chiarisce la portata concreta.

La sussistenza del fatto contestato va esclusa anche in presenza di cause di giustificazione? Secondo alcuni il fatto sarebbe insussistente pure nei casi in cui non fosse imputabile al lavoratore, o non fosse assistito dall'elemento soggettivo contestato ovvero dalla volontarietà della condotta, oppure fosse privo di antiggiuridicità in quanto giustificato.

Il D.Lgs. n. 23/2015, aggiungendo l'aggettivo «materiale» a qualificare il «fatto contestato», ha inteso rafforzare la circoscrivibilità della tutela reintegratoria all'area segnata dalla contrattazione collettiva, che è in buona sostanza la finalità perseguita dalla L. n. 92/2015. Ma si è lasciato «sfuggire», nel comma 1 dell'art. 2, la comminazione della tutela reintegratoria «forte», quella originariamente congegnata dall'art. 18 Stat. Lav. nella versione del 1970 (o quasi), per i licenziamenti riconducibili «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». E l'art. 1418 cod. civ. include tra le cause di nullità del contratto, e dunque anche degli atti unilaterali ai sensi dell'art. 1324 (Cass. 29 luglio 2002, n. 11191), l'illiceità della causa, che secondo l'art. 1344 sussiste quando l'atto è in frode alla legge per costituire il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, e l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345. La causa di un atto si identifica con la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce come rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che chi lo pone in essere si propone di realizzare; si ha per questo illiceità della causa tanto nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, quanto nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge. È questa la via per la quale il fatto giuridico, messo alla porta dal fatto materiale, rientra dalla finestra.

Già nella sentenza n. 2874 del 7 febbraio 2008 la Cassazione ebbe ad argomentare: «La frode alla legge costituisce una clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative, di guisa che, a seguito del combinato disposto della norma imperativa generale di cui all'art. 1344 cod. civ. e della norma imperativa speciale, vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate e indirette. In tale quadro, ben è configurabile una frode alla legge posta in essere al fine di eludere la disciplina di cui all'art. 18 della L. 300/1970 (reintegrazione nel posto di lavoro per ordine del giudice del lavoratore licenziato senza giusta causa), ricorrendo i presupposti oggettivi e soggettivi di cui all'art. 1344». E se il motivo illecito che determina la nullità del negozio giuridico per l'art. 1345 si identifica con una finalità vietata dall'ordinamento anche solo perché diretta ad eludere una norma imperativa (Cass. 4 ottobre 2010, n. 20576), sempre con la sentenza n. 2874/2008 deve ripetersi che «non può certamente

dubitarsi del carattere imperativo, anche in senso sostanziale, della norma di cui all'art. 18 L. n. 300/1970».

L'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015 assolve, nel sistema sanzionatorio dei licenziamenti ingiustificati, alla stessa funzione a cui, nell'art. 18 riformato dalla L. n. 92/2012, assolve il primo comma, che assicura la reintegrazione «forte» quando il recesso datoriale è «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.»: attribuire al giudice il potere di accordare la massima tutela reintegratoria ogni qual volta, pur accertata la sussistenza del fatto contestato e l'inadempimento da esso integrato, ritiene che il licenziamento costituisce il mezzo per eludere la norma imperativa. Con una differenza le cui ripercussioni devono ancora essere esplorate dalla giurisprudenza di legittimità: mentre nel «sistema Fornero» la norma imperativa resta costituita dall'art. 18 in sé considerato, nel Jobs Act no, per l'inapplicabilità di quella disposizione nel regime delle tutele crescenti; l'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 23 stabilisce: «Per i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni di cui al presente decreto».

Quale che sarà l'interpretazione del comma 2 dell'art. 3 D.Lgs. n. 23/2015, un fatto materiale lecito, o meglio «non illecito», resta, e probabilmente resterà, un fatto «insussistente» e, in quanto tale, il licenziamento ad esso riconnesso sarà da sanzionare con la reintegrazione nel posto di lavoro. Ma se non si indulge ad un'interpretazione delle norme conforme al mai troppo biasimato canone ermeneutico formulato dal nipote del principe di Salina («Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi»), occorrerà pur ammettere che gli assunti dal 7 marzo 2015 sono destinatari di una tutela dell'occupazione affievolita rispetto a coloro che li hanno preceduti in azienda, perché il regime generale delle tutele è, per loro, quello rimediabile istituito dal comma 1 dell'art. 3 («nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità»). Rispetto ad esso, la tutela reale diventa eccezione. E ciò non potrà non assumere rilievo sia sul merito (e, in definitiva, sul metro) del giudizio sia sul piano processuale, in particolare per quel che concerne la partizione dell'onere della prova, che chi frequenta le aule di giustizia sa bene quanto conti nell'esito della controversia, fino ad essere talvolta decisiva.

In ultima analisi, la fine del regime generalizzato di tutela reale, nell'inevitabile permanenza della normativa di chiusura istituita dagli artt. 1344 e 1345 cod. civ., amplia il potere del giudice nel decidere il caso concreto, dovendo egli scegliere non più soltanto se accordare o no la tutela, ma anche se accordare o no la reintegrazione nel posto di lavoro al lavoratore illegittimamente licenziato. La riconducibilità di un licenziamento alla fattispecie di cui all'art. 1345 implica un'indagine sull'elemento psicologico dell'agire datoriale, che si presta naturalmente ad una valutazione condotta con metodo indiziario (in tal senso acutamente: Trib. Alba, 26 ottobre 2005; in «Giur. piem.», 12006, 118), nella quale il grado di sindacabilità del processo di formazione del convincimento del giudice è necessariamente ridotto.

Ciò detto, il regime di tutela del lavoratore colpito da licenziamento disciplinare può così sintetizzarsi:

A) LAVORATORI ASSUNTI FINO AL 6 MARZO 2015

—*licenziamento giustificato ma adottato in violazione delle procedure di cui all'art. 7 Stat. Lav.*: reintegrazione debole, con attribuzione al lavoratore di un'indennità

risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione giudiziale (art. 18, sesto comma, Stat. Lav., come modificato dalla L. n. 92/2012);

—*licenziamento adottato nell'insussistenza del fatto contestato ovvero per un fatto rientrando tra le condotte punibili con una sanzione conservativa* sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili: reintegrazione debole, con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione; in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto (il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative: art. 18, quarto comma, Stat. Lav., come modificato dalla L. n. 92/2012);

—*licenziamento in assenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ma nella sussistenza del fatto contestato*: tutela rimediabile forte, con risoluzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna del datore 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 (art. 18, quinto comma, Stat. Lav., come modificato dalla L. n. 92/2012);

—*licenziamento determinato da un motivo illecito determinante o discriminatorio*: reintegrazione forte, con attribuzione al lavoratore di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto (il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali: art. 18, primo comma, Stat. Lav., come modificato dalla L. n. 92/2012);

B) LAVORATORI ASSUNTI DAL 7 MARZO 2015 IN POI

—*licenziamento giustificato ma adottato in violazione delle procedure di cui all'art. 7 Stat. Lav.*: tutela rimediabile crescente, con attribuzione al lavoratore di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità (art. 4 D.Lgs. n. 23/2015);

—*licenziamento nell'insussistenza del fatto materiale contestato (con impossibilità di valutazione circa la sproporzione del licenziamento)*: reintegrazione debole, con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione

di riferimento per il calcolo del Tfr, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro; in ogni caso la misura dell'indennità relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr (il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva: art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 23/2015);

—*licenziamento in assenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ma nella sussistenza del fatto contestato*: tutela rimediabile crescente, con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria, non assoggettata a contribuzione, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015);

—*licenziamento disciplinare determinato da un motivo illecito determinante o discriminatorio*: reintegrazione forte, con attribuzione al lavoratore di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto (il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali: art. 2 D.Lgs. n. 23/2015).

C) PICCOLE IMPRESE

Gli iniziali contrasti interpretativi circa le conseguenze della violazione dell'art. 7 Stat. Lav. da parte delle piccole imprese sono stati risolti nell'affermazione che il licenziamento disciplinare così adottato non è viziato da nullità, ma soltanto ingiustificato, nel senso che il comportamento addebitato al dipendente, ma non fatto valere attraverso quel retto procedimento, non può, quand'anche effettivamente sussistente e rispondente alla nozione di giusta causa o giustificato motivo, essere addotto dal datore di lavoro per sottrarsi all'operatività della tutela apprestata dall'ordinamento nelle diverse situazioni e cioè a quella massima reale congegnata dall'art. 18 Stat. Lav, ovvero all'alternativa fra riassunzione e risarcimento del danno, secondo il sistema della L. n. 604/1966, o infine, all'onere di preavviso (Cass. 27 agosto 2003, n. 12579).

La conseguente diversificazione delle forme di tutela fa sì che l'inosservanza delle disposizioni dell'art. 7 rende il licenziamento disciplinare inidoneo alla realizzazione della sua causa risolutiva del rapporto di lavoro soltanto nell'area di operatività della tutela reale, vale a dire quando il datore di lavoro raggiunge i requisiti dimensionali richiesti per l'applicabilità dell'art. 18; quando questi requisiti non sono raggiunti tale effetto resta comunque realizzato, in quanto considerato preminente rispetto all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, e il dipendente gode esclusivamente della tutela rimediabile debole o, nel caso del lavoro domestico, del preavviso regolato dall'art. 2118 cod. civ.

Questa disciplina, che resta ferma per i lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015, è stata però innovata dal D.Lgs. n. 23/2015 per gli assunti dopo tale data. L'art. 9 del decreto, che peraltro con la disposizione del comma 2 assoggetta alla nuova disciplina dei licenziamenti individuali anche le organizzazioni di tendenza, stabilisce che alle piccole imprese:

—*in caso di licenziamento in assenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, ovvero nell'insussistenza stessa del fatto materiale contestato*, si applica la tutela rimediabile debole, con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria non assoggettata a contribuzione di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a sei mensilità;

—*in caso licenziamento giustificato ma adottato in violazione delle procedure di cui all'art. 7 Stat. Lav.*, si applica la tutela rimediabile debole, con attribuzione al lavoratore di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a mezza mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore ad una e non superiore a sei mensilità;

—*in caso di licenziamento disciplinare determinato da un motivo illecito determinante o discriminatorio*, si applica la reintegrazione forte.

È sempre ammissibile la conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo, in quanto queste causali costituiscono semplici qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, l'uno con effetto immediato e l'altro con preavviso; il giudice, quindi, ben può valutare un licenziamento intimato per giusta causa come licenziamento per giustificato motivo soggettivo qualora, fermo restando il principio dell'immutabilità della contestazione e persistendo la volontà del datore di lavoro di risolvere il rapporto, attribuisca al fatto addebitato al lavoratore la minore gravità propria di quest'ultimo tipo di licenziamento (Cass. 9 giugno 2014, n. 12884.)

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (con preavviso), secondo quanto disposto dall'art. 3 L. n. 604/1966, è determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Si verte, in buona sostanza, in ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa per evento estraneo al rapporto di lavoro, non imputabile al dipendente, che autorizza il datore di lavoro a recedere dal rapporto in difetto di un suo interesse apprezzabile alle future prestazioni lavorative.

La sussistenza, o meno, di questo interesse va verificata con riguardo alle ragioni indicate dal citato art. 3 e l'accertamento presuppone la dimostrazione, da parte del datore di lavoro, non soltanto delle esigenze aziendali ma pure dell'impossibilità di utilizzare proficuamente il lavoratore in altri luoghi o in mansioni diverse, pur se non equivalenti, secondo modalità di servizio che l'imprenditore può disporre nell'ambito dei propri poteri organizzativi, senza modificare l'assetto aziendale. L'impossibilità della proficua assegnazione ad altri posti o mansioni avvince tutte le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ne condiziona sempre la legittimità. Il motivo, inoltre, non può essere ricondotto ad un disagio futuro ed ipotetico, ma deve identificarsi in una situazione di disagio attuale, suscettibile di verifica nel momento dell'intimazione del licenziamento.

Una delle ipotesi ricorrenti di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è quella della sopravvenuta impossibilità del dipendente di rendere la prestazione di lavoro a causa del suo stato di salute. Altre ipotesi ricorrenti sono le seguenti:

—*riorganizzazione aziendale*: legittima il licenziamento quando è attuata al fine di una più economica gestione dell'azienda e decisa non semplicemente per un incremento

del profitto ma per fare fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva (Cass. 17 maggio 2003, n. 7750); non assume tuttavia rilievo l'eventuale modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale in quanto, una volta accertata l'effettiva necessità della contrazione dei costi, ogni risparmio che sia attuabile si rivela in diretta connessione con tale necessità e, quindi, da questa oggettivamente giustificata (Cass. 13 novembre 2001, n. 4093); il fatto che il giustificato motivo non possa essere determinato da finalità di mero risparmio ne esclude la legittimità nell'ipotesi di licenziamento di un lavoratore più anziano e più costoso e di sua sostituzione con altro più giovane e meno costoso (Cass. 14 giugno 1983, n. 4088);

— **ristrutturazione aziendale**: ferma la necessità della prova dell'effettività del relativo processo, è legittima ogni ragione, in senso economico, che abbia determinato il licenziamento, non escluse le esigenze di mercato o il perseguimento di un incremento dei profitti; al giudice è demandato di controllare che all'origine della decisione imprenditoriale vi sia una ragione economica seria e non pretestuosa, senza che possa distinguersi tra quelle determinate da fattori esterni all'impresa, o di mercato, e quelle inerenti alla gestione dell'impresa (Cass. 11 aprile 2003, n. 5777);

— **riduzione di personale**: nel caso in cui, nell'ambito di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, si pongano in essere alcuni licenziamenti senza superare la soglia quantitativa di cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni, prevista dall'art. 24 L. n. 223/1991 che regola i licenziamenti collettivi, gli stessi sono qualificabili licenziamenti «plurimi», disciplinati dalle regole sui licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo; la loro legittimità resta, quindi, subordinata alla condizione dell'incidenza della ristrutturazione sulla specifica posizione di lavoro e all'impossibilità di utilizzare altrove le prestazioni del lavoratore (Cass. 2 gennaio 2001, n. 5); l'individuazione di licenziandi va pur sempre effettuata con lealtà e correttezza, al fine ispirandosi ai criteri dettati dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, da quelli individuati dalla L. n. 223/1991 per i licenziamenti collettivi;

— **chiusura di un reparto**: non è sindacabile giudizialmente nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto cui era addetto il dipendente licenziato, sempreché ne risulti l'effettività e la non pretestuosità, poiché la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., spetta al datore di lavoro mentre al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto (Cass. 4 novembre 2004, n. 21121); non è neppure necessario, per la configurabilità del giustificato motivo oggettivo, che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite;

— **soppressione del posto di lavoro**: è il licenziamento individuale determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, bensì dalla necessità di procedere alla soppressione del posto cui è addetto il singolo lavoratore il quale non può, in tal caso, invocare situazioni personali per ottenere che la scelta del licenziamento cada su altro soggetto, avendo però diritto a che il datore di lavoro dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo; ai fini della configurabilità del giustificato motivo non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere quelle prevalentemente esercitate in precedenza e, quindi, tali da connotare la posizione lavorativa del prestatore di lavoro (Cass. 9 agosto 2003, n. 12037); confligge con questa linea di pensiero quella (Cass. 26 settembre 2011,

n. 19616) che afferma che la soppressione del posto non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti: il lavoratore avrebbe, quindi, il diritto che il datore di lavoro dimostri la concreta riferibilità del licenziamento ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo;

— **carcerazione del dipendente**: lo stato di detenzione del lavoratore per fatti estranei al rapporto di lavoro non costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali, ma integra gli estremi della sopravvenuta temporanea impossibilità della prestazione e giustifica il licenziamento solo se - in base ad un giudizio che tenga conto delle dimensioni dell'impresa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva in essa attuata, della natura ed importanza delle mansioni del lavoratore detenuto, nonché del già maturato periodo di sua assenza, della ragionevolmente prevedibile ulteriore durata della sua carcerazione, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri le sue mansioni senza necessità di nuove assunzioni e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell'assenza - non persista l'interesse del datore di lavoro a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente detenuto (Cass. 1° giugno 2009, n. 12721); al riguardo va tenuto presente che l'art. 102-bis disp. trans. cod. proc. pen. (introdotto dall'art. 24 L. n. 332/1995) stabilisce che chi è stato licenziato perché sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere ovvero degli arresti domiciliari ha diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro in caso di sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere ovvero di provvedimento di archiviazione; la norma non ha inciso sulla disciplina della legittimità del licenziamento, bensì soltanto sulle sue conseguenze, essendo stato riconosciuto il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, senza diritto ad alcuna indennità risarcitoria; né sulla legittimità del licenziamento, fondato esclusivamente sul protrarsi dell'impossibilità da parte del lavoratore di rendere la sua prestazione, può incidere il successivo accertamento dell'ingiustizia della carcerazione preventiva (Cass. 2 maggio 2000, n. 5499); la norma presuppone che il licenziamento sia stato determinato in stretto rapporto di causalità con la detenzione, e cioè che il recesso del datore di lavoro sia fondato esclusivamente sul fattore obiettivo dello stato di carcerazione del prestatore d'opera; ne consegue che la disposizione non può dare titolo alla reintegrazione nel posto di lavoro qualora il licenziamento risulti in via autonoma giustificato sulla base di elementi ulteriori rispetto alla mera assenza del lavoratore determinata dal provvedimento cautelare (Cass. 1° aprile 2003, n. 4935);

— **perdita dei titoli di lavoro**: la revoca o la sospensione di un'autorizzazione amministrativa, di uno stato o di un titolo indispensabile per svolgere una determinata mansione (iscrizione ad un albo professionale, patente di guida, porto d'armi, e così via), costituisce giustificato motivo di licenziamento; la mancanza fin dall'origine del titolo di lavoro comporta la nullità del contratto per violazione di norme imperative, con conseguente impedimento alla prosecuzione ulteriore del rapporto e possibilità per il datore di lavoro di intimare il licenziamento (Cass. Sez. Un. 26 maggio 2011, n. 11559), pur restando fermi, ai sensi dell'art. 2126 cod. civ., gli effetti del rapporto per il periodo in cui esso abbia avuto esecuzione.

Tranne che nelle ipotesi di licenziamento nullo e di licenziamento inefficace perché verbale o immotivato, di cui si dirà oltre, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo invalido è così sanzionato:

— **lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015**: con la tutela rimediabile forte (art. 18, settimo e quinto comma, Stat. Lav.); il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di

un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro (quando il giustificato motivo oggettivo consiste nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, o se il licenziamento è stato intimato in violazione dell'art. 2110, secondo comma, cod. civ., la sanzione è quella della reintegrazione debole, come più diffusamente indicato, rispettivamente, nei capitoli 10 e 8);

—*lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015 nelle piccole imprese*: con la tutela rimediabile debole (art. 8 L. n. 604/1966); il giudice condanna il datore di lavoro a risarcire il danno versando al dipendente un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; la misura massima può essere maggiorata fino a dieci mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a quattordici mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro;

—*lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 in poi*: con la tutela rimediabile crescente (art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015); il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità;

—*lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 in poi nelle piccole imprese*: con la tutela rimediabile crescente indebolita (art. 9, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015); il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a sei mensilità.

IL LICENZIAMENTO PER LIMITI DI ETÀ

L'art. 4, comma 2, della legge 11 maggio 1990, n. 108, stabilisce che le disposizioni di cui all'art. 18 Stat. Lav. non si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Attualmente i lavoratori possono accedere alla pensione al compimento di 66 anni e 7 mesi di età unitamente a 20 anni di contributi (65 anni e 7 mesi le donne dipendenti del settore privato) oppure al versamento di almeno 42 anni e 10 mesi di contributi (41 anni e 10 mesi per le donne); sono previsti requisiti diversi per tutelare determinate specificità (disabili, addetti a lavori usuranti, lavoratori notturni, salvaguardati, marittimi, ed altri)

Per quanto concerne le lavoratrici, il giudice delle leggi (Corte Cost. 27 aprile 1988, n. 498) ebbe a dichiarare illegittimo l'art. 4 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, nella parte in cui subordinava il diritto delle lavoratrici, in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, di continuare a prestare la loro opera fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali, all'esercizio di un'opzione in tal senso, da comunicare al datore di lavoro non oltre la data di maturazione dei predetti requisiti.

Occorre, perciò, distinguere tra età pensionabile ed età massima lavorativa, entità non coincidenti in quanto nell'attuale ordinamento l'età massima lavorativa, più elevata, corrisponde all'età pensionabile stabilita per gli uomini. Il diritto al mantenimento del posto di lavoro, vale a dire alla tutela apprestata dall'art. 18 Stat. Lav., è esteso a tutte le

lavoratrici che, pur avendo raggiunto l'età pensionabile, non hanno ancora conseguito l'età massima lavorativa, con la conseguenza che alle stesse compete il diritto di proseguire il rapporto di lavoro anche dopo il compimento dell'età pensionabile e fino al giorno del raggiungimento dell'età massima lavorativa, senza necessità di alcun onere di comunicazione, da parte loro, al datore di lavoro, e con l'ulteriore conseguenza che a quest'ultimo è fatto divieto di esercitare il recesso nell'arco di tempo indicato (Cass. 24 aprile 2003, n. 6535).

Nei rapporti dotati di stabilità, dunque, la facoltà di recesso unilaterale del datore di lavoro può essere esercitata nei confronti del dipendente soltanto una volta che costui abbia raggiunto l'età per il pensionamento e soltanto a partire dalla data del compimento di tale età; è da ritenere, perciò, illegittimo il licenziamento intimato in epoca anteriore, dal quale deriva anche il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso, dal momento che la risoluzione del rapporto per limiti di età anagrafica non è automatica. Ciò vale anche in presenza di una clausola contrattuale, pure collettiva, di risoluzione del contratto al compimento dell'età la quale, finanche se si inserisse in un regime contrattuale complessivamente di maggior favore, non potrebbe comunque disciplinare la risoluzione del rapporto in difformità da norme inderogabili di legge (Cass. 6 febbraio 2004, n. 2339).

Il secondo e terzo periodo dell'art. 24, comma 4, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, dispongono che il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato, fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza, dall'operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di 70 anni, fatti salvi gli adeguamenti alla speranza di vita (art. 12 D.L. n. 78/2010) e che nei confronti dei lavoratori dipendenti, l'efficacia delle disposizioni di cui all'art. 18 Stat. Lav. opera fino al conseguimento di questo limite massimo di flessibilità. Secondo il giudice di legittimità (Cass. Sez. Un. 4 settembre 2015, n. 17589), la disposizione non attribuisce al lavoratore il diritto potestativo di proseguire nel rapporto di lavoro fino al raggiungimento del settantesimo anno di età, una volta maturati i requisiti della pensione di vecchiaia; la norma non creerebbe alcun automatismo, ma si limiterebbe a prefigurare condizioni previdenziali di incentivo alla prosecuzione dello stesso rapporto per un lasso di tempo che può estendersi fino ai 70 anni di età e a rendere possibile, nel regime dell'assicurazione generale obbligatoria, che l'attività lavorativa prosegua dietro consenso del datore di lavoro e del lavoratore; solo dopo che si sia formato il consenso alla prosecuzione del rapporto questo sarebbe assistito dalla tutela apprestata dall'art. 18.

IL LICENZIAMENTO NULLO

L'art. 4 L. n. 604/1966 statuisce che il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata.

L'art. 15 Stat. Lav. commina la nullità di qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le stesse disposizioni si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica,

religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

L'art. 54, comma 5, D.Lgs. n. 151/2001 sancisce la nullità del licenziamento intimato alla lavoratrice madre dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino, come pure di quello intimato al padre per la durata del congedo di paternità e fino al compimento di un anno di età del bambino oltre che del licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore.

L'art. 35 D.Lgs. n. 198/2006 stabilisce che sono nulli i licenziamenti attuati a causa di matrimonio, con la presunzione legale che il licenziamento della dipendente nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione, sia stato disposto per causa di matrimonio.

In questi casi, e in tutti gli altri in cui la nullità del licenziamento è prevista dalla legge ovvero il licenziamento è comunque determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ. perché persegue una finalità vietata dall'ordinamento anche solo in quanto diretta ad eludere una norma imperativa, sia il primo comma dell'art. 18 Stat. Lav., come modificato dalla L. n. 92/2012, sia, per chi è stato assunto dal 7 marzo 2015 in poi, l'art. 2 D.Lgs. n. 23/2015 dispongono la reintegrazione «forte» del dipendente nel posto di lavoro, qualunque sia la dimensione occupazionale del datore di lavoro.

L'onere di provare la sussistenza del motivo illecito del licenziamento, quale è quello discriminatorio, grava sul lavoratore che lo allega a fondamento della domanda di reintegrazione, tenendo conto però che tale onere può essere assolto anche attraverso presunzioni che, per poter assurgere al rango di prova, debbono essere gravi, precise e concordanti (Cass. 15 novembre 2000, n. 14753).

Il motivo illecito determina la nullità del licenziamento solo quando il provvedimento espulsivo sia stato determinato esclusivamente da esso, sicché la nullità va esclusa quando con lo stesso, seppure di natura discriminatoria, concorra un motivo lecito, come una giusta causa o un giustificato motivo (Cass. 6 maggio 1999, n. 4543).

Per «ragioni di credo politico» si intendono quelle che riflettono convinzioni personali circa l'identificazione dei criteri ispiratori dell'attività svolta dallo Stato e dagli altri enti pubblici per il fine dichiarato di raggiungere, attraverso l'esercizio del potere, risultati utili al bene comune nei vari settori della vita pubblica, e presuppongono professione di questi orientamenti, ovvero, sul piano pratico, atti o comportamenti che manifestino, anche solo implicitamente, interesse specifico ai problemi ed alle questioni inerenti alla vita pubblica, ancorché senza partecipazione ufficiale ad essa e semplicemente aderendo, in modo anche informale, ad un partito o ad un movimento (Cass. 6 aprile 1993, n. 4131).

Per quanto attiene all'attività sindacale, la nullità del licenziamento non è comminata per il solo fatto che il lavoratore la svolga, essendo invece necessario che il provvedimento sia stato adottato per motivi discriminatori. L'espressione «partecipazione ad attività sindacali» ha comunque un significato ampio, comprensivo non solo delle attività esercitate dai sindacalisti, ma anche dei comportamenti che, al di fuori di iniziative assunte in sede sindacale, siano comunque diretti a far valere posizioni e relative rivendicazioni dei lavoratori dipendenti, con il consenso espresso o tacito di questi ultimi e in contrapposizione al datore di lavoro (Cass. 19 marzo 1996, n. 2335).

L'art. 4 L. n. 604/1966 coesiste con l'art. 15, comma 1, lett. b), Stat. Lav., che sancisce la nullità di qualsiasi patto od atto diretto a licenziare un lavoratore a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Per quanto riguarda la partecipazione allo sciopero, è principio non contraddetto (Cass. 11 aprile 1980, n. 2314) che quando sia avvenuta la proclamazione di uno sciopero non è consentito indagare circa la fondatezza dei suoi motivi, a meno che non si dimostri in modo certo ed univoco che sia stato pretestuosamente usato per scopi illeciti o comunque esulanti dalle finalità riconducibili alla Costituzione. Pertanto, ove emerga che il licenziamento di un dipendente sia stato determinato dalla partecipazione ad uno sciopero il provvedimento è senz'altro nullo. Per quanto attiene all'affiliazione sindacale, il licenziamento determinato dall'appartenenza del lavoratore ad un sindacato o dalla sua partecipazione ad attività sindacale è viziato da nullità, perché idoneo a ledere l'interesse collettivo alla libertà ed all'attività sindacale (Cass. Sez. Un. 17 febbraio 1992, n. 1916); la sussistenza del «motivo sindacale» è configurabile anche nel caso in cui il recesso del datore di lavoro sia stato adottato in ritorsione al ricorso del lavoratore al sindacato per ottenerne assistenza e sostegno alle proprie rivendicazioni, rientrando tali compiti fra le funzioni riconosciute ai sindacati e la cui fruizione da parte dei singoli lavoratori, non obbligati a rivolgersi direttamente le proprie rivendicazioni al datore di lavoro, è tutelata, anche sul piano individuale (Cass. 22 giugno 1999, n. 6362).

LA FORMA DEL LICENZIAMENTO

L'art. 2 L. n. 604/1966, come da ultimo innovato dall'art. 1, comma 37, L. n. 92/2012, stabilisce che il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro e che la comunicazione deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato; il licenziamento intimato senza l'osservanza di queste disposizioni è inefficace.

L'art. 18 Stat. Lav., nel testo riformato dalla stessa L. n. 92, sanziona:

— per tutti i datori di lavoro, ad eccezione dei datori di lavoro domestico, con la reintegrazione «forte» nel posto di lavoro il licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale (primo comma); la stessa sanzione si applica anche nei casi di licenziamento orale di lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015, come stabilito dall'art. 2 D.Lgs. n. 23/2015;

— per i datori di lavoro con più di quindici dipendenti nel Comune in cui ha avuto luogo il recesso o comunque più di sessanta complessivamente, con la tutela rimediabile «debole» (indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) il licenziamento dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione (sempreché non vi sia anche un difetto di giustificazione: sesto comma).

Per i piccoli datori di lavoro il difetto di motivazione equivale a difetto di giustificazione, sanzionato con la tutela rimediabile «debole» (Trib. Roma 17 novembre 2014, in «Lav. giur.» 2015, 4, 382) istituita dall'art. 8 L. n. 604/1966 (indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, maggiorata fino a dieci mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a quattordici mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro e ma non più di sessanta).

Qualunque sia la dimensione occupazionale del datore di lavoro, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione ad un lavoratore assunto dal 7 marzo 2015 in poi, il giudice deve dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità (a meno che il giudice dichiari la nullità del licenziamento oppure non accerti il difetto di giustificazione, nel qual caso dovrà applicare il regime proprio del licenziamento nullo oppure senza giusta causa o giustificato motivo).

La legittimità del provvedimento va valutata con esclusivo riferimento alla motivazione comunicata nella lettera di licenziamento (Cass. 23 giugno 2015, n. 12967); la motivazione generica, e a maggior ragione il mero richiamo alle formule linguistiche utilizzate nella legge o nella contrattazione collettiva, è equiparabile alla carenza di motivazione, entrambe violando l'obbligo di esplicitare specificamente i motivi del licenziamento, sicché anche ad essa consegue la declaratoria di inefficacia del provvedimento. E la motivazione, per non essere considerata generica o apparente, dev'essere sufficientemente specifica e completa, ossia tale da consentire al lavoratore di individuare con chiarezza ed inequivocità la ragione giustificatrice del suo licenziamento e poter esercitare anche in sede giudiziale un'adeguata difesa (Cass. 20 maggio 2002, n. 7316).

LA REVOCA DEL LICENZIAMENTO

Il licenziamento è un atto unilaterale recettizio che, una volta comunicato al destinatario, produce i suoi effetti; esso non può essere, pertanto, revocato, salvo che la revoca non venga accettata, espressamente o per fatti concludenti, dal lavoratore licenziato, in quanto viene ad incidere su un rapporto contrattuale bilaterale ormai estinto o che verrà ad estinzione al termine del periodo di preavviso.

La revoca, dunque, in linea generale può costituire soltanto il risultato di un accordo tra le parti, che presuppone corrispondenza tra proposta ed accettazione (Cass. 15 giugno 2011, n. 13090), mediante la quale si faccia venire meno l'effetto del recesso sulla continuità del rapporto e sull'ordinaria funzionalità del sinallagma contrattuale (Cass. 14 agosto 2012, n. 14493). L'atto, peraltro, non richiede la forma scritta, stante il principio secondo cui i negozi risolutori degli effetti di atti che richiedono, come il licenziamento, la forma scritta non sono assoggettati ad identici requisiti formali in ragione dell'autonomia negoziale, di cui la libertà di forma costituisce, in mancanza di diversa prescrizione legale, significativa espressione. E parimenti libera, per le medesime ragioni, è la forma dell'accettazione del lavoratore, che può avvenire anche tacitamente o presuntivamente; ma il relativo accertamento presuppone una ricostruzione della volontà abdicativa, anche attraverso elementi indiziari, in termini certi e idonei a consentire di attestare, in modo univoco, la volontà del dipendente di rinunciare ad un diritto già entrato nel suo patrimonio (Cass. 5 marzo 2008, n. 5929).

L'assolutezza di questi principi è stata mitigata dal legislatore che opportunamente - a ridurre un contenzioso in tal modo risolvibile - consente invece la revoca del licenziamento se effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del recesso (art. 18, decimo comma, Stat. Lav. e art. 5 D.Lgs. n. 23/2015); in tal caso, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione

di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i relativi regimi sanzionatori.

Il potere di revoca, come concepito dalle due disposizioni suindicate, si configura quale diritto potestativo, sicché la mancata adesione del dipendente licenziato destinatario della comunicazione costituirebbe inadempimento contrattuale, sanzionabile di per sé con il licenziamento. D'altro canto, la revoca non può essere sottoposta a condizioni, secondo il principio generale che deve regolare quest'atto, da considerare un negozio successivo che elimina il negozio originario e, per tale effetto, determina, puramente e semplicemente, l'eliminazione della situazione derivante da quello.