

Teoria e pratica

Maior

MARCELLO BASILICO - DANIELA BRACCI - LUIGI DI PAOLA
ILEANA FEDELE - GIOVANNI MIMMO - PAOLO SORDI

Lavoro
previdenza
e sindacale

Il licenziamento

a cura di
Luigi Di Paola

Seconda edizione

Sezione non inclusa

CAPITOLO 1

IL LICENZIAMENTO IN GENERALE

di Luigi Di Paola

Sommario:

1. Il licenziamento e la sua disciplina. 2. Ipotesi in cui l'estromissione del lavoratore non integra un vero e proprio atto di licenziamento. 3. Il licenziamento, le dimissioni e il negozio risolutorio consensuale quali atti esclusivi di estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. 3.1. Il caso singolare dell'esclusione del socio lavoratore di cooperativa. 4. Il problema della derogabilità del principio di necessaria giustificazione. 5. Gli oneri di allegazione e prova concernenti l'avvenuto licenziamento.

1 Il licenziamento e la sua disciplina

Il licenziamento è l'atto unilaterale con il quale il datore di lavoro recede dal rapporto di lavoro subordinato.

Comunemente il termine, in senso tecnico, è riferito al recesso dal contratto a tempo indeterminato, cui è riservata una disciplina assai articolata — delineata dal legislatore in più fasi temporali — di cui si darà conto, nel testo, nei tratti maggiormente significativi.

Il legislatore ha strutturato, quanto al licenziamento individuale, l'impianto normativo, attualmente assai frastagliato, in due segmenti principali, comprendenti, il primo, con norme che potremmo definire primarie ⁽¹⁾, le ipotesi di ammissibilità del licenziamento. Viene, al riguardo, in considerazione l'art. 1 della legge 15 luglio 1966, n. 604, ove è previsto che « Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercorrente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del codice civile o per giustificato motivo ». Vengono poi in rilievo altre norme, che si analizzeranno nel corso della trattazione ⁽²⁾, con le quali il legislatore vieta comunque, in determinate ipotesi, la intimazione del licenziamento.

Il secondo segmento attiene alla configurazione della tutela avverso l'atto espulsivo in senso lato illegittimo, il quale, pur se è espressione di un

⁽¹⁾ V., al riguardo, P. CURZIO, *Il licenziamento ingiustificato*, in *FI*, 2015, V, 244.

⁽²⁾ V., sul punto, il capitolo 4.

potere male esercitato, si risolve comunque in un inadempimento contrattuale ⁽³⁾.

Entrano qui in gioco le seguenti norme secondarie (che si esamineranno nel dettaglio in seguito): *a*) art. 8 della citata legge n. 604 del 1966, in tema di tutela obbligatoria; *b*) art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (da ora “St.lav.”), come modificato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge “Fornero”), in tema di tutela reintegratoria ed indennitaria; *c*) artt. 2, 3, 4 e 9 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 ⁽⁴⁾ (denominato “Jobs Act”), in tema di tutela reintegratoria ed indennitaria (per i lavoratori assunti, come si vedrà, dal 7 marzo 2015).

Compito dell'interprete è, pertanto, quello di verificare se il recesso datoriale sia consentito dalla legge ⁽⁵⁾ (anche secondo ragioni giustificative determinate, sia espresse attraverso clausole generali) ⁽⁶⁾, e, in caso negativo, quale sia la tutela applicabile nella fattispecie, nei limiti della domanda ⁽⁷⁾ — qualificata dalle deduzioni di supporto — proposta dal lavoratore in giudizio.

Analoga filosofia vige per i licenziamenti collettivi, con la differenza che in tale ambito le norme primarie ⁽⁸⁾, in realtà, assumono, sul versante

⁽³⁾ Che ha la particolarità di essere attuato con un atto che l'ordinamento qualifica giuridicamente come nullo, inefficace o annullabile. Cfr., in ordine alla qualificazione giuridica del licenziamento, Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194 (su cui v. i capitoli 1, 3 e, soprattutto, 11), ove si legge, in motivazione, che il licenziamento illegittimo costituisce un atto illecito, essendo adottato in violazione della norma imperativa di cui all'art. 1 della legge n. 604 del 1966.

⁽⁴⁾ Con le lievi modifiche apportate — come si vedrà diffusamente nei successivi capitoli — dall'art. 3, commi 1 e 1-bis, del d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. “Decreto dignità”), convertito dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.

⁽⁵⁾ Ovvero, qualora ammissibile, come ad esempio per i dirigenti, dalla contrattazione collettiva.

⁽⁶⁾ Quali quelle di giusta causa — definita dall'art. 2119 c.c. come quella che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto — o di giustificato motivo — determinato, ai sensi dell'art. 3 legge n. 604/1966, 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 —. Sulla nozione e sul sindacato delle clausole generali si rinvia al capitolo 6, § 2.1., in particolare nota 17 per la distinzione fra “clausole generali” e “clausole elastiche”.

⁽⁷⁾ V., in proposito, il capitolo 16, § 8. In tema v. anche il capitolo 11, § 2, nota 45.

⁽⁸⁾ Ossia l'art. 4, comma 1, legge 23 luglio 1991, n. 223, che riconosce all'impresa ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale — che 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 — la facoltà di avviare la procedura di licenziamento collettivo; nonché il successivo art. 24, comma 1, che prevede l'applicabilità di determinate disposizioni procedurali — nonché le sanzioni a fronte della violazione delle disposizioni stesse — alle imprese che occupino più di quindici dipendenti e che, in conseguenza di

sostanziale, una valenza ridotta a fronte di previsioni procedurali ⁽⁹⁾, la cui violazione comporta l'applicazione dell'apparato sanzionatorio ⁽¹⁰⁾.

È, comunque, innanzitutto necessario identificare, ai fini dell'applicabilità della relativa disciplina, un vero e proprio atto di licenziamento, poiché, data la particolare strutturazione di determinati rapporti, non sempre l'estromissione proveniente dal datore integra, giuridicamente, il predetto atto ⁽¹¹⁾.

Di ciò si parlerà nel prossimo paragrafo.

2 Ipotesi in cui l'estromissione del lavoratore non integra un vero e proprio atto di licenziamento

Ogni qual volta il rapporto di lavoro, subordinato od autonomo in senso lato, è assoggettato ad un termine finale, l'estromissione del lavoratore — in forma scritta o verbale — alla scadenza del termine stesso non integra ⁽¹²⁾ un licenziamento in senso tecnico ⁽¹³⁾, benché del termine in

una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia.

⁽⁹⁾ Contenute negli artt. 4 e 5 della legge n. 223/1991.

⁽¹⁰⁾ Come integrato dalla legge n. 92/2012 e, per i nuovi assunti dal 7 marzo 2015, dall'art. 10 d.lgs. n. 23/2015.

⁽¹¹⁾ Che deve essere apprezzato nel suo significato oggettivo, quale atto di recesso dal rapporto in base alla disciplina di riferimento. Esattamente, pertanto, non è stato ravvisato un licenziamento nella comunicazione effettuata alla Direzione territoriale del lavoro, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 604 del 1966, inviata per conoscenza al lavoratore, poiché detta comunicazione contiene solo la manifestazione dell'intenzione del datore di lavoro di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con l'indicazione dei motivi, essendo finalizzata all'espletamento della procedura conciliativa, in esito alla quale il recesso non è la soluzione obbligata; così Cass. 5 settembre 2018, n. 21676.

⁽¹²⁾ Ma v., in senso contrario, con esclusivo riferimento al rapporto in senso lato autonomo, S. VISONÀ-L. PERINA, *Il regime delle impugnazioni e il contenzioso del lavoro, ne Il nuovo diritto del lavoro, Rapporto individuale e processo del lavoro*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), 2014, Giappichelli, 489, secondo i quali, a seguito della riqualificazione, l'atto scritto con il quale viene comunicata la cessazione del rapporto è un licenziamento, assoggettabile ad impugnazione, ai sensi dell'art. 32, comma 3, lett. a), della legge 4 novembre 2010, n. 183. Sul tema v. anche il capitolo 16, § 1.2.

⁽¹³⁾ Cfr., nella giurisprudenza di merito — sulla scorta di un orientamento di legittimità consolidato, su cui v. la nota 19 del capitolo 5, quanto al contratto di lavoro subordinato a termine — Trib. Milano 6 giugno 2013, in *RIDL*, 2013, II, 869, con nota di S. P. EMILIANI, *Il nuovo rito per i licenziamenti non si applica alla disdetta del contratto di lavoro a progetto per scadenza del termine*. In senso contrario vi è, a quanto consta, sempre con riferimento al contratto di lavoro subordinato a termine, l'unico precedente costituito da Cass. 10 settembre 2010, n. 19360: "Quando il rapporto di lavoro a tempo determinato (ovvero un contratto di formazione e lavoro

questione sia chiesta la nullità, o del rapporto formalmente autonomo sia invocata la riqualificazione in rapporto di lavoro subordinato.

Ciò in quanto si ritiene che quell'atto di estromissione non sia supportato dall'elemento volitivo, bensì sia solo ricognitivo di una scadenza del termine (pur giuridicamente inesistente).

In buona sostanza, qui, la forma esteriore del contratto, malgrado non in sintonia con l'effettivo atteggiarsi del rapporto, qualifica l'iniziativa datoriale in modo conforme alla realtà virtuale derivante dalla forma stessa ⁽¹⁴⁾.

Il mancato riconoscimento dell'estromissione quale atto di licenziamento incide in chiave negativa sull'applicabilità della relativa disciplina.

Tanto per fare alcuni esempi, il termine per l'impugnativa stragiudiziale non decorrerà dalla data di ricezione della lettera con la quale il datore comunica l'avvenuta cessazione del rapporto, bensì dal giorno di cessazione del contratto (ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81) ⁽¹⁵⁾.

Ancora, la tutela non sarà quella (di cui si parlerà nei prossimi paragrafi) stabilita dal legislatore per il licenziamento orale o immotivato, oppure per quello illegittimo per ragioni sostanziali, ma quella riservata al contratto a termine nullo ⁽¹⁶⁾.

senza formazione) viene qualificato come rapporto a tempo indeterminato, l'atto con il quale il datore di lavoro comunica la scadenza del termine integra nella sostanza un licenziamento".

⁽¹⁴⁾ Solo qualora l'atto di licenziamento sia voluto nella già raggiunta consapevolezza della nullità del termine viene meno la natura meramente ricognitiva dell'atto. Tale natura non è peraltro ravvisabile allorquando il recesso dal rapporto (subordinato o autonomo) avvenga *ante tempus*. In tal caso, infatti, è comunque riscontrabile una volontà dismissiva del rapporto (che è ciò che conta), a nulla rilevando l'assenza di consapevolezza, in capo al datore, della nullità del termine o della sussistenza della subordinazione.

⁽¹⁵⁾ V., sul punto, anche quanto si dirà al capitolo 16, § 1.2.

⁽¹⁶⁾ V. l'art. 28 d.lgs. n. 81/2015: « Nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro ». In tema sia consentito il rinvio a L. DI PAOLA, *L'indennità "omnicomprensiva" per il caso di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato*, in *Il diritto del lavoro*, n. 10, 2015, 101-102, che applica anche al lavoro autonomo a termine, in *Il diritto del lavoro*, n. 10, 2015, 101-102.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 2

LE VARIE FORME DI TUTELA AVVERSO IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE ILLEGITTIMO

di Luigi Di Paola

Sommario:

1. Quadro delle varie forme di tutela avverso il licenziamento individuale illegittimo. Rinvio per la disciplina del licenziamento collettivo. 2. La tutela reintegratoria “piena” per i vecchi assunti. 2.1. La tutela reintegratoria “attenuata” per i vecchi assunti. 2.2. La tutela indennitaria “forte” per i vecchi assunti. 2.3. La tutela indennitaria “debole” per i vecchi assunti. 2.4. La tutela obbligatoria “tradizionale” per i vecchi assunti. 2.5. Il requisito occupazionale per l’applicabilità della tutela reintegratoria “attenuata” e di quella indennitaria “forte” o “debole”. 3. La tutela reintegratoria “piena” per i nuovi assunti. 3.1. La tutela reintegratoria “attenuata” per i nuovi assunti. 3.2. La tutela indennitaria “forte” per i nuovi assunti. 3.3. La tutela indennitaria “debole” per i nuovi assunti. 3.4. La tutela indennitaria per i nuovi assunti nelle piccole imprese. 4. La tutela del socio lavoratore avverso il licenziamento. 5. Limiti dei rimedi di diritto comune avverso il licenziamento. 6. La tutela per le ipotesi di licenziamento illegittimo non direttamente considerate dal legislatore: rinvio. 7. Il problema della derogabilità delle conseguenze del licenziamento illegittimo.

1 Quadro delle varie forme di tutela avverso il licenziamento individuale illegittimo. Rinvio per la disciplina del licenziamento collettivo

Il legislatore, con la legge 28 giugno 2012, n. 92 (cosiddetta legge “Fornero”), ha apportato numerose modifiche all’art. 18 St.lav. ⁽¹⁾, delineando varie tipologie di tutela, a seconda del vizio inerente al licenziamento, vigenti per gli assunti fino alla data del 6 marzo 2015, giorno antecedente a quello di entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante la nuova normativa ⁽²⁾ — valevole per i neoassunti non dirigenti — sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

⁽¹⁾ La cui versione originaria — incentrata sull’applicabilità, alle c.d. aziende medio grandi, della tutela reale in caso di licenziamento inefficace, nullo o annullabile, ossia privo di giusta causa o giustificato motivo — si applica ai licenziamenti intimati prima della data di entrata in vigore della legge stessa. Trattandosi di regolamentazione priva di attualità, di interesse solo in relazione alle cause già pendenti, se ne ometterà la illustrazione nella presente trattazione, onde non appesantirne il contenuto, salvo effettuare richiami a profili ancora validi nonché appositi cenni necessari ad individuare la *ratio* di alcune innovative previsioni concernenti determinati istituti.

⁽²⁾ Emanata in attuazione del seguente principio direttivo contenuto nell’art. 1, comma 7, della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183: « previsione, per le nuove assunzioni, del contratto

Della sfera di applicabilità di entrambe le discipline si parlerà, per comodità di trattazione, analiticamente in seguito.

Per ora è opportuno procedere ad una schematizzazione delle varie forme di tutela che, per i vecchi assunti ⁽³⁾, si designeranno, in ordine di maggior garanzia per il lavoratore, con le denominazioni attualmente in uso nel linguaggio corrente non solo dottrinario, ma anche giurisprudenziale.

Vi è quindi una tutela reintegratoria “piena”, una “attenuata”, una tutela indennitaria “forte” ed una “debole”.

Permane la tutela “tradizionale” obbligatoria nei casi di licenziamento ingiustificato od affetto, qualora disciplinare, da vizi procedurali, ove non ricorra il requisito occupazionale descritto al successivo § 2.5.

Analoghe forme di tutela sono previste per i nuovi assunti, pur con delle varianti qualitative e quantitative.

Nei prossimi paragrafi si illustreranno, succintamente, i diversi regimi di tutela, rinviando ad appositi capitoli ⁽⁴⁾ la disamina delle singole ipotesi

a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento ». La normativa in questione non è stata adottata in attuazione del diritto dell'Unione, in particolare, per attuare disposizioni nella materia dei licenziamenti individuali, non avendo l'Unione medesima, con riguardo a tale disciplina, in concreto esercitato la propria competenza ai sensi dell'art. 153, paragrafo 2, lettera d), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, né ha adottato, mediante direttive, prescrizioni minime; cfr., sul punto, Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194 (su cui v. i capitoli 1, 3 e, soprattutto, 11).

⁽³⁾ Con riferimento ai licenziamenti perfezionati, quindi pervenuti al lavoratore, a partire dalla data (i.e.: 18 luglio 2012) di entrata in vigore della legge n. 92/2012; cfr., sul punto, Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, in *MGL*, 2013, con nota adesiva di A. VALLEBONA, *La nuova disciplina dei licenziamenti non è retroattiva*, 579, il quale sottolinea come — in assenza di espressa previsione — non poteva giungersi a differente interpretazione, esprimendo anche dubbi circa la legittimità costituzionale di una soluzione legislativa che avesse disposto la retroattività del regime sostanziale in tema di licenziamento. V. ampia analisi in G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *RIDL*, 2015, I, 327 e ss., che sottolinea come il diverso approdo della giurisprudenza in ordine alla retroattività dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010 si fonda sull'espressa disposizione normativa dell'applicazione dello *ius superveniens* anche ai giudizi in corso. In senso conforme, Cass. 22 aprile 2014, n. 9098, con nota di G. MARINO, *La riforma Fornero non si applica ai giudizi pendenti*, in *DG*, 2014, 235, e Cass. 9 gennaio 2014, n. 301, in *ADL*, 2015, 230 ss., con nota di C. TIMELLINI, *Irretroattività dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori riformato dalla legge Fornero*. Per l'impatto del principio sul licenziamento disciplinare v. il capitolo 6, § 4.1.

⁽⁴⁾ Ossia dal 4 al 9.

cui è correlata ciascuna forma nonché ad un capitolo specifico ⁽⁵⁾ la illustrazione della disciplina, nei suoi tratti più significativi, dei singoli strumenti sanzionatori.

Si ometterà, in questo capitolo, onde renderne agevole la lettura, la indicazione dei profili di tutela relativi al licenziamento collettivo, per i quali si rinvia direttamente alla parte ⁽⁶⁾ dedicata all'analisi di tale tipologia di licenziamento.

2 La tutela reintegratoria “piena” per i vecchi assunti

L'art. 18, comma 1, St.lav. prevede, per i vecchi assunti (nonché per i dirigenti anche neoassunti) una tutela reintegratoria “piena” in presenza di nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. ⁽⁷⁾.

La stessa tutela spetta in caso di licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale ⁽⁸⁾.

La tutela in questione vale quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro (restando così superata, in tale ambito, la distinzione tra aziende medio-grandi e minori), imprenditore o non imprenditore.

La denominazione (ricorrente un po' in tutte le trattazioni relative all'argomento) di tutela “reintegratoria piena”, deriva dalla sanzione ripristinatoria e ampiamente risarcitoria conseguente alla declaratoria giudiziale favorevole al lavoratore.

In breve — facendosi stretto riferimento al contenuto della norma, ossia all'art. 18, comma 2, St.lav. — essa consiste in primo luogo nell'or-

⁽⁵⁾ Ovvero il capitolo 11.

⁽⁶⁾ Ossia al capitolo 9.

⁽⁷⁾ Per tutte tali ipotesi v. il capitolo 4; per gli aspetti specifici dell'apparato sanzionatorio v. il capitolo 11.

⁽⁸⁾ Per tale fattispecie v. il capitolo 5; del pari, per gli aspetti specifici dell'apparato sanzionatorio, v. il capitolo 11.

dine giudiziale, rivolto al datore, di reintegrazione ⁽⁹⁾ del lavoratore nel posto di lavoro; in secondo, nella condanna del predetto datore al risarcimento del danno subito dal lavoratore, quantificato in un'indennità ⁽¹⁰⁾ commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto ⁽¹¹⁾ maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito ⁽¹²⁾ dal lavoratore medesimo, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

In ogni caso la misura del risarcimento non può essere inferiore a cinque mensilità ⁽¹³⁾ della retribuzione globale di fatto.

Il regime si conclude con la previsione della condanna del datore, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali ⁽¹⁴⁾.

Nel descritto ambito è disciplinata (all'art. 18, comma 3, St.lav.) la risoluzione del rapporto: *a*) in caso di mancata ripresa del servizio, da parte del lavoratore, entro trenta giorni dall'invito datoriale ⁽¹⁵⁾; *b*) in caso di richiesta, da parte del lavoratore medesimo, dell'indennità sostitutiva della reintegrazione ⁽¹⁶⁾.

2.1 La tutela reintegratoria “attenuata” per i vecchi assunti

La tutela reintegratoria “attenuata” (ossia quella di cui all'art. 18, comma 4, St.lav.) si applica — nella ricorrenza di un determinato requisito dimensionale aziendale ⁽¹⁷⁾, di cui verrà fatto un separato cenno nel successivo § 2.5. — nelle ipotesi in cui sia accertato 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

⁽⁹⁾ Sulla cui disciplina v. il capitolo 11, § 1.

⁽¹⁰⁾ Su cui v. il capitolo 11, §§ 2 e ss. Sul danno ulteriore in presenza di licenziamento discriminatorio v. il capitolo 12, §1.

⁽¹¹⁾ Sulla cui portata v. il capitolo 11, § 2.1.

⁽¹²⁾ Sull'*aliunde perceptum* v. il capitolo 11, § 3.

⁽¹³⁾ Sulla cui disciplina v. il capitolo 11, § 5.

⁽¹⁴⁾ Su cui v. il capitolo 11, § 6.

⁽¹⁵⁾ In tema v. il capitolo 11, § 8.

⁽¹⁶⁾ Sul cui esame v. il capitolo 11, § 7.

⁽¹⁷⁾ La cui sussistenza — è opportuno evidenziarlo sin da subito — costituisce presupposto per l'applicazione del licenziamento “attenuato”, ossia quella indennitaria “forte” e “debole”.

CAPITOLO 3

L'AMBITO DI APPLICABILITÀ DELLE TUTELE PREVISTE DAL D.LGS. N. 23/2015

di Luigi Di Paola e Ileana Fedele

Sommario:

1. Il quadro normativo in generale. 2. Il valore dei termini "assunzione" e "conversione". 3. La data di assunzione in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro non regolarizzato ed aspetti processuali problematici. 4. La data di assunzione in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto formalmente sorto da contratto a progetto (o autonomo in senso lato). 5. La portata del termine "conversione". 6. Le ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato. 7. I dirigenti. 8. Il superamento della soglia dimensionale ex art. 18 St.lav. dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni. 9. I casi controversi: il regime applicabile ai soci lavoratori di cooperativa, agli apprendisti, al personale nautico. 10. Inapplicabilità al pubblico impiego privatizzato. 11. Esclusione della violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

1 Il quadro normativo in generale

Le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, concernenti il regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo, si applicano ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ⁽¹⁾ a decorrere dalla data di entrata in vigore (i.e.: 7 marzo 2015) del d.lgs. in questione ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015: « 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. ».

⁽²⁾ È diffusa l'affermazione che la disciplina del licenziamento delineata dal d.lgs. n. 23/2015 — in quanto meno favorevole di quella contenuta nell'art. 18 St.lav. — determinerebbe un disincentivo dei lavoratori occupati a passare alle dipendenze di un nuovo datore di lavoro dopo la data di entrata in vigore del predetto d.lgs. Ma v., sul punto, P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, 2015, Mondadori, 108, secondo il quale il lavoratore che cambia lavoro volontariamente può tutelarsi ricorrendo a clausole di durata minima, anzianità convenzionale, rinuncia del nuovo datore di lavoro al patto di prova, preavviso di licenziamento lungo, indennità di licenziamento maggiorata, oppure cessione del contratto dal vecchio imprenditore al nuovo, con conseguente conservazione integrale della posizione precedente anche riguardo all'applicabilità dell'art. 18. V., inoltre, sul tema della derogabilità della disciplina posta dalla novella, il capitolo 2, § 7. Cfr., ancora, F.

Le medesime disposizioni si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato ⁽³⁾.

Diventa, pertanto, in primo luogo fondamentale, ai fini dell'applicabilità, o meno, del nuovo regime, individuare la esatta data di assunzione del lavoratore.

La sopra descritta regola, tuttavia, subisce un'eccezione, introdotta dall'art. 1, comma 3, del testo, ove è previsto che « Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto ».

Nei successivi paragrafi verranno esaminati gli aspetti salienti della illustrata disciplina, non senza aver prima individuato il valore dei termini "assunzione" e "conversione".

2 Il valore dei termini "assunzione" e "conversione"

Con l'espressione "assunzione" il legislatore ha inteso riferirsi al momento di inizio del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ⁽⁴⁾, individuato non solo sulla base delle indicazioni contenute nel

SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti del sistema del d. lgs. n. 23/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* — 252/2015, 8, il quale segnala il rischio che imprese più strutturate possano subire la competizione di imprese di nuova costituzione che puntino sul vantaggio di avvalersi di nuovi assunti.

⁽³⁾ La disposizione, inserita all'ultimo momento nell'ambito del testo normativo, non è perfettamente formulata; ed infatti l'espressione « si applicano anche nei casi di conversione » va letta come se dicesse « si applicano anche a coloro il cui rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sia stato riconosciuto per effetto di conversione ». Il riferimento è ancor più improprio per il contratto di apprendistato, ormai definito a tempo indeterminato.

⁽⁴⁾ Con riferimento al lavoro somministrato non rileva la data di invio del lavoratore presso l'utilizzatore. In caso di trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c. occorre aver riguardo al momento di costituzione del rapporto con il cedente, poiché presso il cessionario il rapporto prosegue. Stesso discorso vale per la cessione del contratto. Ma, in senso contrario, v. M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ne Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, in F. Carinci e C. Cester (a cura di), *Adapt Labour Studies*, e-Book series, n. 46, 5, sulla premessa che non rileverebbero le modalità con cui venga ad instaurarsi il rapporto con il nuovo datore di lavoro.

contratto⁽⁵⁾, ma anche a seguito di accertamento giudiziale nelle ipotesi di rapporto non regolarizzato o sorto, formalmente — ma non sostanzialmente, per quanto successivamente accertato —, come autonomo in senso lato (e v., sul punto, il successivo § 3).

Il termine “conversione” è stato plausibilmente adottato dal legislatore — con riferimento ai rapporti diversi dall’apprendistato⁽⁶⁾ — nel senso di “trasformazione” del rapporto⁽⁷⁾ sancita da pronuncia giudiziale⁽⁸⁾.

Infatti la conversione (in senso atecnico) volontaria ha effetti *ex nunc*, risolvendosi, in buona sostanza, in una nuova assunzione; in questo senso, anche l’eventuale riconoscimento di una anzianità pregressa o convenzionale non può costituire polo di attrazione del vecchio regime.

Ma si ipotizza⁽⁹⁾, di contro, che la conversione negoziale possa configurarsi come patto modificativo avente ad oggetto la clausola relativa al termine finale, che verrebbe rimossa con l’effetto di consentire al rapporto di lavoro già instaurato di proseguire senza alcun limite di durata (ed in tal modo l’intervento del legislatore potrebbe portare ad una semplificazione, rendendo superflua l’operazione dell’estinzione del contratto a termine e della nuova assunzione a tempo indeterminato).

Tuttavia è assai dubbio che l’eliminazione della clausola contenente il termine possa far considerare l’assunzione come effettuata a tempo inde-

⁽⁵⁾ Con la precisazione che la data rilevante è quella di produzione di effetti del contratto, concernente la effettiva instaurazione del rapporto, e non quella, eventualmente diversa, della mera conclusione del contratto stesso; cfr., sul punto, M. TREMOLADA, *op. cit.*, 5. Sia consentito, altresì, il rinvio a I. FEDELE, *Ambito di applicazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *il Giuslavorista*, 12 maggio 2015, la quale evidenzia che il lavoratore potrebbe obiettare di aver fatto affidamento sulla conclusione dell’accordo in epoca antecedente all’entrata in vigore della legge.

⁽⁶⁾ Su cui v. il § 6.

⁽⁷⁾ Che non si ha nel patto di prova. Infatti l’art. 2096, comma 4, c.c., prevede che « Compiuto il periodo di prova, l’assunzione diviene definitiva e il servizio prestato si computa nell’anzianità del prestatore di lavoro ». Il che significa che una volta superato il periodo di espletamento dell’esperimento, il rapporto si costituisce (e si consolida con l’assunzione definitiva) sin dall’inizio. Ove, però, il datore di lavoro si avvalga della facoltà di recedere nel periodo di prova, per poi assumere il medesimo lavoratore in epoca successiva al 7 marzo 2015, il licenziamento sarebbe illegittimo, ai sensi dell’art. 1345 c.c. ovvero dell’art. 1344 c.c., in quanto intimato per finalità estranee alla funzione del patto di prova. Così I. FEDELE, *op. cit.*

⁽⁸⁾ In senso analogo v. C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* — 273/2015, 25.

⁽⁹⁾ Cfr. A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *GuL*, 2015, 12, 12-13. Cfr., in senso analogo, G. RICCI, *La promozione dell’occupazione stabile fra contratto di lavoro a tutele crescenti e sgravi contributivi: le politiche « integrate » del lavoro nella riforma del governo Renzi*, in *FI*, 2015, V, 234.

terminato sin dall'inizio⁽¹⁰⁾, ossia con effetto dalla data di stipulazione del contratto a termine tra le parti; ciò che, peraltro, dovrebbe determinare la retrodatazione della data di inizio del rapporto, con conseguente applicabilità della disciplina del licenziamento riservata ai vecchi assunti.

Il che sembrerebbe confortare l'assunto che il legislatore non possa aver inteso ricondurre alla "conversione" anche quella volontaria⁽¹¹⁾.

3 La data di assunzione in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro non regolarizzato ed aspetti processuali problematici

Qualora il lavoratore a "nero" deduca in giudizio, a supporto di alcune rivendicazioni monetarie, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato (ancora in corso al momento di proposizione dell'azione), la pronuncia di accoglimento del giudice, in funzione di accertamento e di condanna, costituirà il punto di riferimento oggettivo per l'individuazione della data — coincidente con quella di inizio del rapporto — di assunzione (essendo di norma esplicitato, in sentenza, quanto meno in motivazione, il momento in cui il rapporto è sorto nel segno della subordinazione).

Analogà è la situazione in cui il lavoratore sia stato formalmente assunto a tempo indeterminato ma abbia agito in giudizio per far valere una data di inizio del rapporto anteriore alla predetta data⁽¹²⁾.

In tali casi, qualora la sentenza di accoglimento accerti — conformemente all'istanza del lavoratore — una data di inizio del rapporto anteriore al 7 marzo 2015 e, successivamente, sia intervenuto il licenziamento, ad esempio per giustificato motivo oggettivo, si tratta di stabilire quale linea di condotta debba essere osservata dal lavoratore medesimo che intenda impugnare giudizialmente l'atto espulsivo.

Certamente, in presenza di una sentenza di primo grado favorevole, egli potrà agire avvalendosi del regime riservato alle vecchie assunzioni, sia da un punto di vista sostanziale (chiedendo, per esempio, l'applicazione dell'art. 18 dello St.lav.) che processuale (avvalendosi del cosiddetto rito "Fornero")⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ In conformità alla previsione di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015.

⁽¹¹⁾ Nel senso che per conversione andrebbe considerata solo quella giudiziale v. T. Roma 6 agosto 2018, n. 75870, in *il Giuslavorista*, 11 febbraio 2019, con commento di R. MARAGA.

⁽¹²⁾ V., sul punto, L. DI PAOLA, *Le "tutele crescenti" in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro*, in *il Giuslavorista*, 15 aprile 2015.

⁽¹³⁾ Aver proceduto con il rito "Fornero" è stato ritenuto legittimo in presenza di una sentenza acceleratoria onde pervenire quanto prima a una sentenza definitiva, in *il Giuslavorista*, 15 aprile 2015, con esauriente illustrazione del rito in

CAPITOLO 4

LICENZIAMENTO NULLO

di *Marcello Basilio*

Sommario:

1. La nullità nel licenziamento. 2. Il licenziamento con effetto discriminatorio nella costruzione legislativa. 3. Il licenziamento discriminatorio nelle organizzazioni di tendenza. 4. La discriminazione nel licenziamento: genesi ed evoluzione della tutela. 5. Il licenziamento discriminatorio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. 6. La tassatività dei fattori di rischio. 7. Oggettività e comparazione nella discriminazione. 8. La prova della discriminazione nel licenziamento. 9. Ciò che deve provare il lavoratore discriminato. 10. La rilevanza dei dati statistici. 11. Ciò che deve provare il datore di lavoro. 12. I fattori di rischio. 13. L'affiliazione sindacale. 14. L'affiliazione politica. 15. L'handicap e la disabilità. 16. Il licenziamento del lavoratore disabile. 17. Il licenziamento per superato comporto di malattia. 18. Le molestie. 19. Il licenziamento in costanza di matrimonio. 20. La nullità per violazione delle norme a tutela della genitorialità. 21. Il licenziamento discriminatorio per fattori atipici. 22. Gli altri casi di nullità del licenziamento. 23. Il motivo illecito determinante. 24. Il licenziamento in frode alla legge. 25. La nullità del licenziamento per ragioni pretestuose.

1 La nullità nel licenziamento

L'art. 18, comma 1, St. lav., modificato dall'art. 1, comma 42, della legge n. 92/2012 (cd. "Monti-Fornero") e l'art. 2 d.lgs n. 23/2015 ("contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti") enunciano i casi di nullità del licenziamento dei lavoratori che siano stati assunti, rispettivamente, prima o dal 7 marzo 2015.

L'art. 18, comma 1, St.lav., in particolare, dice che il giudice « dichiara la nullità del licenziamento ». L'espressione conferma la natura dichiarativa della sentenza che accerta il vizio di nullità del recesso, con il suo conseguente effetto *ex tunc*, in conformità alla regola generale ⁽¹⁾.

Gli effetti di tale accertamento sono comuni per tutte le fattispecie di licenziamento nullo: reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (comma 1); risarcimento in suo favore del danno subito, mediante un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell' effettiva reintegrazione, da cui va detratto l'*aliunde perceptum* e non inferiore, comunque, a cinque mensilità; versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali (comma 2); pagamento delle sanzioni per omesso o ritardato versamento contributivo

⁽¹⁾ Sulla distinzione tra nullità ed illegittimità per difetto di giustificazione del licenziamento cfr., con riguardo ad profili contributivi, Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19665.

(comma 2); facoltà di optare per un'indennità di quindici mensilità, alternativa alla reintegrazione ed esente da contribuzione previdenziale, con risoluzione immediata del rapporto (comma 3).

I primi tre commi dell'art. 2 d.lgs n. 23/2015 riproducono la sequenza di enunciati relativi agli effetti della pronuncia giudiziale.

L'accertamento della nullità del licenziamento implica declaratoria di validità ed efficacia del rapporto di lavoro. Prima ancora delle regole dell'art. 18 St.lav. opera in tal caso il principio generale secondo cui gli atti nulli sono insuscettibili di produrre effetti giuridici ⁽²⁾.

L'effetto dell'accertamento della nullità risiede dunque nella sopravvivenza del rapporto contrattuale di lavoro, rimasto « quiescente » nel periodo compreso tra la data del licenziamento e quella della sentenza ⁽³⁾. Permane pertanto l'obbligazione contributiva nei confronti dell'ente di previdenza in capo al datore, pur senza che questi abbia ricevuto in quel periodo la prestazione di lavoro ⁽⁴⁾.

Dalla riforma della legge n. 92/2012 in poi i rimedi previsti per i licenziamenti viziati sono graduati in proporzione — si dovrebbe ritenere — alla gravità dei vizi. I nuclei normativi dell'art. 18 St.lav. e degli artt. 2 segg. d.lgs. n. 23/2015 sono accomunati dalla scelta legislativa d'intervenire non sulle nozioni tradizionali (in particolare quelle di giusta causa e giustiziato motivo oggettivo), bensì sulle « sanzioni » derivanti dalle violazioni ai diversi precetti ⁽⁵⁾.

Le conseguenze previste consentono di affermare che le fattispecie affette da nullità sono poste al vertice della graduatoria delle tutele.

Vi sono inseriti casi posti dall'ordinamento al massimo livello di anti-giuridicità ⁽⁶⁾, lesivi dei diritti propri del lavoratore anche in quanto per-

⁽²⁾ Cass. 27 febbraio 2017, n. 4899, richiamando Cass., sez. un., 17 febbraio 1992, n. 1916.

⁽³⁾ Cass., sez. un., 5 luglio 2007, n. 15143.

⁽⁴⁾ In tal senso Cass. 4899/2017 cit., con nota critica di R. VIANELLO, in *LG*, 6/2017, 560.

⁽⁵⁾ Alcuni autori hanno commentato favorevolmente il tentativo della legge n. 92/2012 di rendere organica la disciplina del licenziamento nullo: O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18, in Il nuovo mercato del lavoro*, in M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta (a cura di), 2013, Giappichelli, 236; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'Articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *GDLRI*, 2014, 331; A. ZAMBELLI, *La nuova disciplina del licenziamento nel disegno di legge governativo*, in *GL*, 2012, 16, VII. Hanno invece espresso diverse contrarietà alla tecnica legislativa adottata M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, 3-4, 460; P. TULLINI, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2-3, 440-441.

⁽⁶⁾ Si è teorizzato che la reintegrazione "debba essere riservata ai casi nei quali sia in gioco la dignità, l'onorabilità o la libertà morale del lavoratore". Così P. ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *DPL*, 2012, 25, 1546.

sona. È su questa premessa che si è giustificato il riconoscimento della tutela più piena nei confronti di qualsiasi datore di lavoro, prescindendo dalla sua dimensione ⁽⁷⁾ e dall'inquadramento professionale del dipendente licenziato. Il disvalore sociale attribuito ai licenziamenti nulli è confermato anche dall'esclusione di eventuali interferenze da parte della contrattazione collettiva aziendale ⁽⁸⁾.

La reintegrazione è divenuta rimedio tipico dell'illiceità. In questo senso la nullità che vi dà origine potrebbe perciò essere indissolubilmente associata alla tutela ripristinatoria ⁽⁹⁾.

La tecnica legislativa diverge invece nei due nuclei normativi quanto alla previsione, più o meno analitica, dei casi di nullità.

L'art. 18, comma 1, St. lav., elenca i seguenti:

- licenziamento discriminatorio;
- licenziamento per causa di matrimonio;
- licenziamento legato alla genitorialità;
- licenziamento per motivo illecito determinante;
- licenziamento viziato da altre ipotesi di nullità previste dalla

legge ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Cfr. gli artt. 18, comma 1, l. n. 300/70 e 9, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 per l'irrelevanza del requisito dimensionale a questi fini.

⁽⁸⁾ Per l'art. 8 d.l. n. 138/2011 (conv. nella legge n. 148/2011) la contrattazione aziendale non può derogare *in pejus* alla disciplina di legge e del CCNL per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento in concomitanza di matrimonio e del periodo di gravidanza fino ad un anno d'età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del figlio ed il licenziamento in caso di adozione e affidamento.

⁽⁹⁾ V. BAVARO e M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP CSDLE*, 2016, 305, 6, confrontano due binomi presenti nel d.lgs. n. 23/15: indennità/annullabilità e reintegrazione/nullità, sanzioni diverse in presenza di presupposti diversi: « *presenza dei presupposti specificamente previsti dalla legge per giustificare il licenziamento (g.c. o g.m.)*, nel primo caso; *presenza di presupposti vietati dall'ordinamento*, nel secondo caso ».

⁽¹⁰⁾ L'art. 1, comma 42, della legge n. 92/2012 (cd. "Monti-Fornero"), modificando l'art. 18 St.lav., vi ha inserito al primo comma l'elenco delle ipotesi di licenziamento invalido in tal senso: « Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti (...) ».

L'art. 2 del d.lgs n. 23/2015 ha concentrato tali ipotesi nella norma generale dedicata al licenziamento discriminatorio ed a tutti gli « altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge » (comma 1)⁽¹¹⁾ nonché in quella, specifica, del difetto di giustificazione per la disabilità fisica o psichica del lavoratore (comma 4). Questa soluzione denota l'intento di portare a compimento, con l'idea del contratto a tutele crescenti, un processo di ripensamento complessivo delle tutele del lavoratore che ha radici almeno già nel cd. "collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183).

Si vedrà che tuttavia, almeno quanto a sistematicità e chiarezza delle norme, il metodo non ha pagato.

Innanzitutto il d.lgs. n. 23/2015 neppure ha nominato la disciplina previgente e tanto meno ha previsto un regime transitorio. Pertanto i due nuclei normativi sono destinati a convivere nel tempo, ciascuno applicandosi ai lavoratori assunti nei periodi di rispettiva vigenza.

Ciò non vale però per i dirigenti, esclusi dalla sfera dei destinatari della disciplina del contratto a tutele crescenti (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015). Soltanto per loro, dunque, l'art. 18 l. n. 300/70 continuerà ad applicarsi indipendentemente dalla data di assunzione.

Per altro verso, l'obiettivo universalistico che si pone la riforma del 2015 fa ritenere che, in difetto di clausole di esclusione, si rivolga anche al lavoro domestico.

2 Il licenziamento con effetto discriminatorio nella costruzione legislativa

La fattispecie di nullità che entrambi i dettati normativi esplicitano è quella del licenziamento discriminatorio. Lo spazio che le viene così riservato ha comportato una rinnovata attenzione dottrinale. Mentre in passato, in presenza del requisito dimensionale dell'art. 18 St.lav., era sufficiente l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento per accedere alla tutela reale, a partire dalla riforma Monti-Fornero non è stato più così. L'incremento delle decisioni anche sulla natura discriminatoria del recesso

⁽¹¹⁾ Art. 2, comma 1, d.lgs n. 23/2015: « Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, con la data di assunzione del lavoratore, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione in servizio o il risarcimento del danno, a seconda del caso, è determinato dal motivo addotto (...) »

CAPITOLO 5

IL LICENZIAMENTO ORALE

di Luigi Di Paola

Sommario:

1. La nozione di licenziamento orale. 1.1. Ipotesi in cui il difetto dei requisiti della forma scritta si risolve in un licenziamento orale. 1.2. Ipotesi problematiche in cui è stato riconosciuto il rispetto della forma scritta. 1.3. Ipotesi in cui l'estromissione di fatto del lavoratore integra un licenziamento orale. 1.4. Ipotesi in cui l'estromissione di fatto del lavoratore non integra un licenziamento orale. 2. Casi di ammissibilità del licenziamento orale. 3. La valenza dell'inefficacia connessa al licenziamento orale. 4. La tutela reintegratoria "piena" del licenziamento orale e le sue ragioni. 5. La non assoggettabilità del licenziamento orale all'impugnativa a pena di decadenza. 6. La revoca del licenziamento orale. 7. Il problema della convalida del licenziamento orale. 8. Licenziamento orale e offerta di conciliazione: rinvio. 9. Il problema dell'onere della prova.

1 La nozione di licenziamento orale

Il licenziamento orale (o verbale) è quello comunicato non in forma scritta.

Sebbene, di norma, esso coincida con quello intimato in via esplicita a voce, non possono escludersi altre forme, quali, ad esempio, un invito, rivolto al lavoratore, a tornare nella propria abitazione, o anche un gesto che, in un determinato ambiente o contesto sociale, assuma un inequivoco significato, o, addirittura, un atto di resistenza fisica che impedisca al lavoratore di accedere nel luogo di lavoro.

Si tratterà, ovviamente, negli ultimi casi, di stabilire in che misura un segno o un atteggiamento ostativo all'ingresso del lavoratore in azienda possa esser connotato dal carattere della definitività dell'estromissione.

Non sono mancate, infatti, nella pratica, difese datoriali incentrate sulla affermata sussistenza di dimissioni ricavabili dal difetto di atti di impulso del lavoratore a fronte di un suo allontanamento, posto in essere dal datore, asseritamente provvisorio.

Tali difese, tuttavia, di rado si sono rivelate convincenti, essendo ragionevole interpretare l'allontanamento del lavoratore non sostenuto da ragioni plausibili (ad esempio, di sicurezza) quale estromissione definitiva dal posto di lavoro⁽¹⁾; né può esigersi che il lavoratore medesimo, di tanto

⁽¹⁾ Cfr., per un caso peculiare, Cass. 25 febbraio 2000, n. 2151: "Il mancato proseguimento del rapporto per volontà del datore di lavoro integra un licenziamento, essendo quest'ultimo costituito da qualunque manifestazione di volontà datoriale, comunque espressa, anche tacita-

in tanto, debba compulsare il datore onde evitare che un atteggiamento passivo possa, ad un certo momento, esser qualificato in termini di inerzia densa di sfavorevoli conseguenze (ma ormai anche per le dimissioni e la risoluzione consensuale è richiesta l'attestazione con determinate formalità: v. il successivo § 9 e il capitolo 1, § 3, parte finale).

La sussistenza di un licenziamento orale è ravvisabile anche allorché l'atto scritto, oggetto di comunicazione, non contenga i requisiti di legge perché possa qualificarsi tale (cfr., sul punto, il successivo § 1.1.).

Il licenziamento è ancora orale se, pur contenuto in un atto scritto, è comunicato solo verbalmente, poiché ciò che conta, ai fini del rispetto dell'onere di forma, è la comunicazione per iscritto ⁽²⁾ (cui è riconducibile la consegna ⁽³⁾ della lettera di licenziamento nelle mani del prestatore sul luogo di lavoro) ⁽⁴⁾, che non ha equipollenti ⁽⁵⁾.

mente, diretta in modo univoco ad interrompere il rapporto (nella specie la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva considerato come licenziamento il provvedimento di una società che aveva disposto la cessazione del distacco di un suo dipendente presso altra società, senza disporre la prosecuzione delle prestazioni lavorative presso la società di provenienza).

⁽²⁾ Per come si evince dalla previsione dell'art. 2, comma 1, della legge 15 luglio 1966, n. 604: « Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro ». Sul punto è stato affermato che il "requisito della comunicazione per iscritto del licenziamento deve ritenersi assolto, in assenza della previsione di modalità specifiche, con qualunque modalità che comporti la trasmissione al destinatario del documento scritto nella sua materialità" (così Cass. 12 dicembre 2017, n. 29753, in *LG*, 2018, 565, con commento di A. ZILLI, *La comunicazione "scritta" del licenziamento nell'era digitale*). Quanto alla prova dell'arrivo a destinazione del licenziamento v., di recente, Cass. 19 luglio 2018, n. 19232: "La presunzione di conoscenza di un atto — nella specie la lettera di licenziamento — del quale sia contestato il suo pervenimento a destinazione, non è integrata dalla sola prova della spedizione della raccomandata, essendo necessaria, attraverso l'avviso di ricevimento o l'attestazione di compiuta giacenza, la dimostrazione del perfezionamento del procedimento notificatorio (in applicazione del principio, è stata esclusa l'operatività della presunzione legale di conoscenza ex art. 1335 c.c. in assenza delle attestazioni circa le attività svolte dall'agente postale incaricato della consegna, con conseguente declaratoria di inefficacia del recesso datoriale)". In tema v. anche Cass. 16 luglio 2018, n. 18823: "In ipotesi di comunicazione del recesso dal rapporto di lavoro mediante impiego del servizio postale, la prova dell'arrivo a destinazione del relativo documento deve essere particolarmente rigorosa e, se non viene data mediante l'avviso di ricevimento della raccomandata o con l'attestazione del periodo di giacenza di questa presso l'ufficio postale, deve essere fornita con mezzi idonei, anche mediante presunzioni, purché caratterizzate dai requisiti legali della gravità, della precisione e della concordanza". Cfr., altresì, sul tema, la giurisprudenza indicata al capitolo 16, § 1.4., nota 38.

⁽³⁾ La cui effettuazione può esser dimostrata per testimoni solo allorché non sia in contestazione la sussistenza di un licenziamento scritto; diversamente, la prova sulla consegna si risolverebbe nella prova dello stesso licenziamento, ammissibile per testimoni esclusivamente in caso di perdita senza colpa del documento ex art. 2724, n. 3, c.c. Cfr., per tale puntualizzazione, Cass. 3 giugno 2015, n. 11479 — in *il Giuslavorista*, 11 agosto 2015, con nota di V. F. GIGLIO,

1.1 Ipotesi in cui il difetto dei requisiti della forma scritta si risolve in un licenziamento orale

Il licenziamento non può considerarsi rispettoso dei requisiti di forma qualora non sia sottoscritto dal datore di lavoro ⁽⁶⁾ o da un suo legittimo rappresentante ⁽⁷⁾; a meno che l'atto in questione, pur non sottoscritto, rechi nell'intestazione ed in calce la denominazione dell'impresa, venga trasmesso per raccomandata e sia impugnato con riguardo alla sostanza e non alla forma ⁽⁸⁾. La validità di tale ultimo assunto, però, non è scontata,

Licenziamento: il requisito della forma scritta non può essere provato per testimoni —, ove è aggiunto che il divieto di prova testimoniale, in tal caso, non è superabile ex art. 421, comma 2, prima parte, c.p.c., poiché esso, nell'attribuire al giudice del lavoro il potere di ammettere d'ufficio ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, si riferisce non ai requisiti di forma previsti (*ad substantiam* o *ad probationem*) per alcuni tipi di contratti, ma ai limiti fissati alla prova testimoniale, in via generale, dagli artt. 2721, 2722 e 2723 stesso codice.

⁽⁴⁾ Oppure il tentativo di consegna avvenuto sempre sul luogo di lavoro ma con esito negativo per il rifiuto del lavoratore di ricevere l'atto; infatti il rifiuto stesso non esclude che la comunicazione debba ritenersi regolarmente avvenuta. Così Cass. 18 settembre 2009, n. 20272, in *RIDL*, 2010, II, 349, con nota di D. COMANDÈ, *Prima di tutto l'ambiente di lavoro: giusta causa di licenziamento per i molestatori*. In senso analogo v. Cass. 3 novembre 2008, n. 26390, in *RIDL*, 2009, II, 570, con nota di M. BORZAGA, *I recenti orientamenti della Cassazione con riguardo alla regolarità della comunicazione degli addebiti disciplinari alla legittimità del licenziamento conseguentemente irrogato*. Di recente v. Cass. 27 luglio 2017, n. 18661.

⁽⁵⁾ Onde l'irrelevanza della conoscenza che del licenziamento abbia avuto, per altre vie, il lavoratore. V., sul punto, Cass. 18 maggio 2006, n. 11670, in *RCDL*, 2006, 936, con nota di E. U. M. CAFIERO, *Inefficacia del licenziamento, risarcimento del danno e non necessità della costituzione in mora del datore di lavoro*. V. anche Cass. 19 marzo 2017, n. 8136, sul rilievo che il licenziamento è un atto recettizio.

⁽⁶⁾ Essendo sufficiente che egli sia tale al momento di invio della lettera di licenziamento; cfr., sul punto, Cass. 11 maggio 2018, n. 11410, secondo cui la dichiarazione di volontà, espressa con l'atto unilaterale di recesso, si perfeziona con la sola emissione e a tale momento occorre risalire per valutare la capacità e volontà del dichiarante; sicché non rileva che al momento di ricezione della lettera l'azienda fosse già stata ceduta ad altri.

⁽⁷⁾ V., tra le altre, Cass. 16 settembre 2000, n. 12256. Resta fermo che "L'illeggibilità della firma apposta in calce alla comunicazione di licenziamento non integra un motivo di nullità dell'atto rilevabile d'ufficio, ma, eventualmente, un vizio di carattere relativo, suscettibile di sanatoria in difetto di tempestiva deduzione, ove siano dimostrate, con onere a carico della parte che le allega, la non autenticità della sottoscrizione o l'insussistenza in capo al sottoscrittore della qualità indicata nell'atto"; così Cass. 18 marzo 2014, n. 6219.

⁽⁸⁾ In tal senso v. Cass. 24 marzo 2010, n. 7044 — in *GI*, con nota di G. GIGLIO, *Mancata sottoscrizione della lettera di licenziamento e rispetto dell'art. 2 L. 15 luglio 1966, n. 604* —: "La scrittura con la quale sia intimato il licenziamento può ritenersi valida, ai sensi dell'art. 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, anche quando non venga sottoscritta dal datore di lavoro o da un suo rappresentante, ma contenga, nell'intestazione ed in calce, la denominazione dell'impresa e del suo titolare, sia trasmessa mediante raccomandata e tempestivamente impugnata dal lavoratore con riferimento al contenuto e non alla forma". L'impianto argomentativo è fondato sulla "con-

poiché l'assenza del requisito di forma sembra, nel caso, essere, per così dire, sanata, non plausibilmente, dall'atteggiamento extraprocessuale del lavoratore.

Integra licenziamento orale l'atto espulsivo intimato con telegramma — dettato attraverso l'apposito servizio telefonico — del quale, in caso di contestazione, non venga provata la effettiva provenienza dall'apparente autore della dichiarazione ⁽⁹⁾.

Stesso discorso dovrebbe valere quanto all'impiego del mezzo della posta elettronica non certificata ⁽¹⁰⁾ o di un sms ⁽¹¹⁾.

siderazione dell'attenuazione del rigore in materia di sottoscrizione, talvolta risultante dal codice civile (art. 602, secondo comma) e talvolta dalla giurisprudenza (...)"

⁽⁹⁾ Cfr., *a contrario*, Cass. 17 maggio 2005, n. 10291, in *NGL*, 2005, 658: "Con riguardo al caso di utilizzazione di un telegramma dettato attraverso l'apposito servizio telefonico per l'intimazione del licenziamento, il requisito della forma scritta deve ritenersi sussistente qualora — in caso di contestazione — sia provata, anche per mezzo di testimoni o presunzioni, la effettiva provenienza del telegramma dall'apparente autore della dichiarazione, così come la forma scritta richiesta per il licenziamento (e per l'impugnazione stragiudiziale dello stesso) è integrata dalla consegna dell'ordinario telegramma all'ufficio postale, da parte del mittente o per suo incarico, oppure dalla sottoscrizione da parte del mittente".

⁽¹⁰⁾ Nel senso della legittimità della comunicazione del licenziamento inoltrata via *mail*, in un caso in cui la cui ricezione era stata attestata dal contenuto di successive *mails* con le quali il lavoratore aveva reso edotti i colleghi di lavoro della cessazione del suo rapporto, v. Cass. 12 dicembre 2017, n. 29753, cit. In linea generale, l'attuale regola in materia è che "Il messaggio di posta elettronica (cd. *e-mail*) privo di firma elettronica non ha l'efficacia della scrittura privata prevista dall'art. 2702 c.c. quanto alla riferibilità al suo autore apparente, attribuita dall'art. 21 del d.lgs. n. 82 del 2005 solo al documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, sicché esso è liberamente valutabile dal giudice, ai sensi dell'art. 20 del medesimo decreto, in ordine all'idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta, in relazione alle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità. Ne consegue che il licenziamento fondato sul contenuto di *e-mail* aziendali può essere considerato illegittimo dal giudice di merito che abbia ragione di dubitare della riferibilità delle e-mail al loro autore apparente"; così Cass. 8 marzo 2018, n. 5523, in *RIDL*, 2018, II, 590, con nota di R. SILVESTRE, *L'inattendibilità della e-mail tradizionale come documento informatico attestante la paternità del testo*. Nella giurisprudenza di merito, per la soluzione radicalmente negativa, v. Trib. Roma 20 dicembre 2013 — in *GC.com*, con nota di O. RAZZOLINI, *Inefficacia del licenziamento intimato a mezzo di posta elettronica non certificata* —: "Il messaggio di posta elettronica non certificata ai sensi del d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, e privo di firma digitale a crittografia asimmetrica ai sensi del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, non fornendo alcuna certezza sulla provenienza o identità dell'apparente sottoscrittore, non è idoneo ad integrare il requisito della forma scritta del licenziamento che deve conseguentemente ritenersi inefficace in quanto intimato in violazione dell'art. 2, comma 1, l. n. 604 del 1966".

⁽¹¹⁾ V., sul punto, in un caso in cui non vi era stata contestazione della provenienza del messaggio telefonico dal suo apparente autore ed il lavoratore aveva effettuato l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, v. Trib. Roma 12 maggio 2017, n. 120, con nota di A. ROTA, *Sul*

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 6

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

di Ileana Fedele

Sommario:

1. La nozione di licenziamento disciplinare: l'elaborazione giurisprudenziale e la "ratifica" normativa. 2. Invarianza dei presupposti giustificativi del recesso datoriale e modulazione delle tutele. 2.1. Il "giustificato motivo soggettivo" e la "giusta causa": applicazione e sindacato delle clausole generali. 2.2. Il ruolo della contrattazione collettiva nell'accertamento giudiziale del giustificato motivo soggettivo e della giusta causa. 2.3. L'ambito del recesso datoriale per giusta causa: riconducibilità parziale o totale al licenziamento "disciplinare". 2.4. La verifica sostanziale della causale formalmente adottata dal datore di lavoro: rinvio. 3. L'evoluzione del sistema di tutele avverso il licenziamento disciplinare illegittimo: dall'uniformità del trattamento sanzionatorio al regime differenziato dell'art. 18 St.lav. novellato sino all'indennità prefissata come regola per i "nuovi assunti" ex d.lgs. n. 23/2015. 4. Le tutele avverso il licenziamento disciplinare ingiustificato nel sistema sanzionatorio del nuovo art. 18 St.lav.: la reintegrazione "attenuata" (comma 4) e l'indennità "forte" (comma 5). 4.1. Ambito di applicazione temporale del nuovo art. 18 St.lav. 5. I casi di reintegrazione attenuata (comma 4 nuovo art. 18 St.lav.). 5.1. L'insussistenza del fatto contestato. 5.1.1. La tesi del fatto materiale. 5.1.1.1. Obiezioni alla tesi del fatto materiale. 5.1.2. La tesi del fatto giuridico. 5.1.2.1. Obiezioni alla tesi del fatto giuridico. 5.1.3. La tesi del fatto inadempimento. 5.1.3.1. I limiti della tesi del fatto inadempimento. 5.1.4. L'interpretazione della giurisprudenza di legittimità. 5.2. Il fatto punito con sanzione conservativa dai contratti collettivi o dai codici disciplinari: la tesi dell'espressa tipizzazione e la tesi dell'interpretazione estensiva. 5.2.1. Analisi applicativa delle tesi dell'espressa tipizzazione e dell'interpretazione estensiva (e/o parametrica). 5.2.2. Analisi esemplificativa del giudizio di proporzionalità secondo le previsioni dei contratti collettivi. 5.2.3. L'interpretazione della giurisprudenza. 5.2.4. Incoerenze e limiti nell'applicazione del criterio di selezione della tutela in base alle previsioni della contrattazione collettiva e dei codici disciplinari. 5.3. L'ambito di applicazione della tutela indennitaria forte (comma 5 nuovo art. 18 St.lav.). 6. Il regime sanzionatorio dei licenziamenti disciplinari ingiustificati nella legge delega sull'introduzione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. 7. La tutela avverso il licenziamento disciplinare ingiustificato nel d.lgs. n. 23/2015. 7.1. L'insussistenza del fatto materiale contestato, ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. 7.2. La valutazione sulla proporzionalità del recesso nel regime del contratto a tutele crescenti: risvolti critici. 7.3. Sussistenza della giusta causa ed "insussistenza del fatto materiale contestato" nel contratto di lavoro a tutele crescenti. 8. Riflessi della soluzione adottata nel d.lgs. n. 23/2015 sui dubbi ermeneutici sollevati dal nuovo art. 18 legge n. 300/1970: la tesi dell'"interpretazione autentica" e la tesi dell'"*argumentum a contrario*". 9. La ripartizione dell'onere della prova. 9.1. Poteri di controllo del datore di lavoro ed utilizzabilità dei dati acquisiti a fini disciplinari: condizioni. 9.2. L'insussistenza del fatto « direttamente dimostrata in giudizio » secondo il d.lgs. n. 23/2015. 10. Osservazioni conclusive sul complessivo sistema di tutele avverso il licenziamento disciplinare ingiustificato.

1 La nozione di licenziamento disciplinare: l'elaborazione giurisprudenziale e la "ratifica" normativa

Per delimitare il campo della presente analisi si è inteso utilizzare il concetto di licenziamento "disciplinare", cioè quello che presuppone un inadempimento del lavoratore.

La figura del licenziamento "disciplinare", che può farsi risalire ad una storica pronuncia della Corte costituzionale ⁽¹⁾, si è consolidata grazie all'elaborazione giurisprudenziale del principio secondo cui il recesso datoriale motivato da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore va considerato "ontologicamente" disciplinare indipendentemente dalla sua inclusione o meno tra le misure disciplinari previste dallo specifico regime del rapporto ⁽²⁾, sino all'enucleazione di una nozione dottrinale intesa a designare unitariamente il licenziamento intimato per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa ⁽³⁾.

A tale nozione — presupposta e non espressamente definita — ha inteso fare diretto riferimento il legislatore ⁽⁴⁾ nell'art. 1, comma 7, lett. c, legge 10 dicembre 2014, n. 183, nella parte in cui ha delegato il Governo a limitare il diritto alla reintegrazione, fra l'altro, « a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato ».

La corretta qualificazione del licenziamento ha assunto un diverso e più incisivo rilievo proprio nel nuovo assetto di tutele delineato dagli interventi normativi in materia, come puntualmente sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, che ha ribadito come "deve escludersi la

⁽¹⁾ Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *FI*, 1983, 854 ss., che ha dichiarato illegittimi, per violazione dell'art. 3 Cost., i commi 1, 2 e 3 dell'art. 7 legge 20 maggio 1970, n. 300, interpretati dalla giurisprudenza "nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro".

⁽²⁾ Cfr., in particolare, Cass. 9 agosto 2012, n. 14326, in *GCM*, 2012, 1031 ss., con sintetico *excursus* sul tema, annotata da R. GAROFALO, *La natura ontologicamente disciplinare del licenziamento per giusta causa: un déjà vu*, in *GI*, 2013, 1854 ss. Storicamente, v. Cass., sez. un., 1° giugno 1987, n. 4823, in *RGL*, 1987, 210 ss., e Cass. 20 novembre 1987, n. 8576, in *GCM*, 1987, 11, ss.

⁽³⁾ V. ampia ricostruzione in A. PILEGGI, *Il licenziamento disciplinare, ne I licenziamenti individuali e collettivi*, in G. Pellacani (a cura di), 2013, Giappichelli, 269 ss. Sul problema della piena (o parziale) riconducibilità della giusta causa al licenziamento disciplinare, v. *infra* § 2.3.

⁽⁴⁾ Per C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-273/2015*, il riferimento al licenziamento disciplinare è solo indiretto nella legge n. 92 del 2012 ("le ragioni disciplinari" di cui all'art. 18, comma 7, legge n. 300/1970 novellato nonché il richiamo alla procedura *ex art. 7* legge n. 300/1970 contenuto nel nuovo art. 18, comma 6, legge n. 300/1970) e diventa diretto nella legge delega n. 183/2014.

sussistenza di un giustificato motivo oggettivo quando il recesso sia fondato su di un comportamento riconducibile alla sfera volitiva del lavoratore, lesivo dei suoi doveri contrattuali, e quindi abbia natura ontologicamente disciplinare”, precisandosi come sia “sottratta al datore di lavoro la possibilità di qualificarne la ragione giustificatrice, ancor più nel vigore della l. n. 92 del 2012, che ha novellato l’art. 18 St.lav. attribuendo alla tutela reintegratoria, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, un ruolo più residuale di quello ad essa assegnato nel licenziamento disciplinare” ⁽⁵⁾.

Rimane, dunque, iscritto nell’area del licenziamento disciplinare il licenziamento per scarso rendimento, che ricorre ove sia apprezzabile una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente, in termini di “enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore 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” ⁽⁶⁾, ovvero un comportamento riconducibile alla sfera volitiva del lavoratore e lesivo dei suoi doveri contrattuali, come nel caso di mancato (sollecitato)

⁽⁵⁾ Cass. 22 novembre 2016, n. 23735, in *D&G*, 2016, 88, 5 ss., con nota di M. CORRADO, *Giustificato motivo oggettivo: non sussiste se il recesso è colpa del dipendente*, nonché in *LG*, 2016, 2, 132 ss., con nota di A. VENTURA, *Lo scarso rendimento quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento*. In senso conforme, Cass. 6 febbraio 2019, n. 3465, in www.italgiure.giustizia.it/sncass.

⁽⁶⁾ Cass. 22 febbraio 2006, n. 3876, in *GCM*, 2006, e Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632, in *DRI*, 2010, 181 ss., con nota di M. DELFINO, *Il licenziamento per scarso rendimento e la rilevante negligenza imputabile al lavoratore*, nonché in *RIDL*, 2009, 4, II, 862 ss., con nota di S. DI STASI, *Lo scarso rendimento come presupposto del recesso datoriale per giustificato motivo soggettivo: prova della negligenza del lavoratore in chiave presuntiva*. Riporta invece lo scarso rendimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in *FI*, 2014, 12, 3474 ss., con nota di A. PERRINO, nonché in *RIDL*, 2014, 4, II, 969 ss., con nota di R. LAMA, *Trent’anni dopo le sezioni unite: la cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, che ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato, sul presupposto che le reiterate assenze effettuate dal lavoratore, comunicate all’ultimo momento ed “agganciate” ai giorni di riposo, determinavano uno scarso rendimento ed una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale. Ma nel senso che “lo scarso rendimento e l’eventuale disservizio aziendale determinato dalle assenze per malattia del lavoratore non possono legittimare, prima del superamento del periodo massimo di comporto, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo” v. Cass. 7 dicembre 2018, n. 31763, in *GCM*, 2018. Sulla questione dell’inquadramento del recesso per scarso rendimento, anche ai fini delle ricadute sul piano della tutela del lavoratore, v. F. PISANI, *Licenziamento per scarso rendimento mascherato da licenziamento disciplinare*, in *ADL*, 2017, 713 ss. Sul tema, si rinvia anche al capitolo 7, § 5.

adeguamento della prestazione alle mutate esigenze del mercato ⁽⁷⁾. Il vero nodo rimane quello probatorio, nel senso che, “fermo restando che il mancato raggiungimento di un risultato prefissato non costituisce di per sé inadempimento, ove siano individuabili dei parametri per accertare se la prestazione sia eseguita con diligenza e professionalità medie, proprie delle mansioni affidate al lavoratore, lo scostamento da essi può costituire segno o indice di non esatta esecuzione della prestazione, sulla scorta di una valutazione complessiva dell’attività resa per un’ apprezzabile periodo di tempo” ⁽⁸⁾.

Viceversa, è escluso dall’ambito del licenziamento disciplinare il recesso per mancato superamento della prova, ancorché fondato — nel caso di obbligo motivazionale imposto dalla contrattazione collettiva a carico del datore — sull’assenza di diligenza nell’esecuzione della prestazione, circostanza che non può comunque implicare una modifica della ripartizione degli oneri probatori, spettando comunque al lavoratore dimostrare il perseguimento di finalità discriminatorie o altrimenti illecite o la contraddizione tra recesso e funzione dell’esperimento medesimo ⁽⁹⁾.

2 Invarianza dei presupposti giustificativi del recesso datoriale e modulazione delle tutele

Per delineare il sistema di tutele avverso il licenziamento disciplinare ingiustificato, siccome rimodulato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge “Fornero”) ed introdotto, per i c.d. “nuovi assunti”, dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, occorre premettere qualche cenno ai presupposti giustificativi del recesso datoriale, che — come prima — deve essere sorretto da un giustificato motivo soggettivo o da una giusta causa.

Infatti, sia l’art. 18 St.lav., nel testo novellato dalla legge n. 92/2012, sia il nuovo regime introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 disciplinano le conseguenze delle medesime regole di giustificazione del licenziamento disciplinare, rimaste invariate.

Lo sfondo comune alle causali sottese al licenziamento disciplinare è il

⁽⁷⁾ Cass. 22 novembre 2016, n. 23735, *cit.*

⁽⁸⁾ Cass. 9 luglio 2015, n. 14310, in *il Giuslavorista*, 20 luglio 2015. Sul tema, v. pure Cass. 10 novembre 2017, n. 26676, in *il Giuslavorista*, 26 gennaio 2018, con nota di M. GATTI, *Licenziamento per scarso rendimento: i criteri di articolazione dell’onere probatorio*.

⁽⁹⁾ In tal senso, di recente, Cass. 13 settembre 2018, n. 22396, in *GCM*, 2018, e Cass. 22 ottobre 2018, 26679, in *D&G*, 2018, 23 ottobre, che hanno escluso l’equiparabilità del recesso intimato durante il periodo di prova al licenziamento disciplinare. Sull’onere della prova gravante sul lavoratore, v. Cass. 19 gennaio 2017, n. 19 gennaio.

CAPITOLO 7

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

di Daniela Bracci

Sommario:

1. Nozione. 2. I licenziamenti per ragioni relative all'impresa. 2.1. Non necessità dello stato di crisi aziendale. 2.2. Soppressione del posto di lavoro. 2.3. Soppressione del posto di lavoro con eccedenza parziale del lavoratore licenziato. 2.4. Soppressione del posto di lavoro nell'ambito di posizioni omogenee e scelta del lavoratore da licenziare. 2.5. Soppressione di più posti di lavoro: licenziamento individuale plurimo. 3. L'obbligo di *repechage*. 3.1. Incidenza della nuova disciplina delle mansioni sull'obbligo di *repechage*. 3.2. *Repechage* e gruppo di imprese. 4. Licenziamento per sopravvenuta impossibilità. 4.1. Sopravvenuta infermità permanente. 4.1.1. La sentenza della Corte di Giustizia UE del 4 luglio 2013 e il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 3 d.lgs. n. 216/2003. 4.2. Disabilità e inabilità sopravvenuta per infortunio e malattia. 4.3. Sopravvenuta inidoneità dell'invalide assunto obbligatoriamente. 4.4. Impossibilità temporanea della prestazione lavorativa. 4.4.1. Mancato possesso di valido titolo abilitativo all'esercizio di professione sanitaria. 4.4.2. Sospensione dell'abilitazione all'attività di guardia giurata. 4.4.3. Ritiro del tesserino di accesso alle aree aeroportuali a dipendente aeroportuale. 4.5. Stato di detenzione del dipendente per fatti estranei al rapporto di lavoro. 4.6. Scadenza del permesso di soggiorno del lavoratore extracomunitario. 4.7. Consumo abituale di sostanze stupefacenti anche al di sotto della soglia di tossicodipendenza. 5. Licenziamento per scarso rendimento. 6. L'onere della prova. 6.1. *Repechage* e onere della prova. 7. La procedura conciliativa introdotta dalla legge n. 92/2012. 8. Il regime sanzionatorio per i vecchi assunti. 8.1. La manifesta insussistenza del fatto. 8.1.1. Obbligatorietà o meno dell'ordine di reintegra. 8.1.2. Questioni sull'applicabilità del criterio della "eccessiva onerosità" della tutela reintegratoria. 8.2. Le ipotesi connesse alla salute del lavoratore previste dall'art. 18, comma 7, St.lav. 8.3. Le ipotesi residue e la tutela indennitaria. 9. Il regime sanzionatorio per i nuovi assunti. 9.1. Il licenziamento del lavoratore inidoneo al servizio per motivi di salute (art. 2 comma 4, del d.lgs. n. 23/2015): rinvio. 9.2. Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento: rinvio.

1 Nozione

La seconda parte dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 definisce il licenziamento per giustificato motivo oggettivo quello determinato « da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa »⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Tra le opere monografiche più recenti v. M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2016; S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Giappichelli,

Sussiste il giustificato motivo oggettivo ogni qual volta il licenziamento sia riferito a ragioni relative all'impresa o a situazioni facenti capo al lavoratore che però non rilevano sotto il profilo disciplinare.

Rientrano nell'ambito del giustificato motivo sia i licenziamenti c.d. economici (determinati da esigenze aziendali), sia quelli fondati su fattispecie particolari relative a vicende personali del lavoratore e qualificabili come impossibilità sopravvenuta (inidoneità fisica o psichica del lavoratore, intervenuta carcerazione, etc.), che possano incidere sul regolare funzionamento dell'azienda.

Come si vedrà al § 2.5., non rientra nella nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo il licenziamento collettivo disciplinato dalla legge n. 223 del 1991.

2 I licenziamenti per ragioni relative all'impresa

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è correlato alla necessità di sopprimere un determinato posto di lavoro a causa di scelte attinenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, senza che vi sia la possibilità di reimpiegare diversamente il lavoratore che ricopra detto posto.

Alla base deve esservi una scelta organizzativa del datore di lavoro effettiva.

Va precisato che le ragioni produttive ed organizzative non coincidono né si identificano con la mera soppressione del posto di lavoro, ma ne costituiscono causa efficiente⁽²⁾; esse, quindi, non si prestano ad esemplificazioni casistiche che abbiano la pretesa di esaustività in relazione ad una complessa e proteiforme realtà economica.

La scelta dei criteri di gestione dell'azienda, che è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., è rimessa alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacarla⁽³⁾.

2015; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra interesse dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012. V., altresì, i contributi di E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, ne *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, E. Gragnoli (a cura di), in *Tratt. dir. lav.*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, V, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, 348 ss.; L. DI PAOLA e I. FEDELE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ne Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, III, *Lavoro*, diretto da P. Curzio, L. Di Paola e R. Romei, Giuffrè, 2018, 317 ss.

⁽²⁾ Cass. 15 gennaio 2019, n. 828, in *il Giuslavorista*, 28 gennaio 2019, con nota di M. GIARDETTI, *Licenziamento per gmo: mutamento dell'assetto organizzativo in assenza di crisi*.

⁽³⁾ V. Cass. 3 maggio 2017, n. 10699; Cass. 12 ottobre 2015, n. 20420; Cass. 3 luglio 2015, n. 13678; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, in *RCDL*, 2011, 707, con nota di G. BULGARINI D'ELCI, *Giustificato motivo oggettivo e controllo giudiziale*.

Al riguardo il legislatore ha previsto, all'art. 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, che « In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63 comma 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente ».

Al giudice spetta dunque solo il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, su cui incombe l'onere di provare l'effettività della riorganizzazione⁽⁴⁾, quale “ragione organizzativa o produttiva” della soppressione del posto di lavoro.

2.1 Non necessità dello stato di crisi aziendale

Diversamente da quanto ritenuto in passato⁽⁵⁾, la giurisprudenza più recente si è attestata nel senso che l'andamento economico negativo dell'impresa — o uno stato di vera e propria crisi aziendale — non costituisce un presupposto essenziale della legittimità del licenziamento economico, risultando sufficienti le ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, anche quando mirate ad una migliore efficienza econo-

⁽⁴⁾ Condizione che quindi non può mancare: v., sul punto, Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015, in *il Giuslavorista*, 28 giugno 2017, con nota di G. LIVI, *Il licenziamento per gmo non vale a sanzionare la scarsa produttività del lavoratore nel posto di lavoro assegnato*. Cfr., altresì, A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in *il Giuslavorista*, 16 marzo 2017, il quale evidenzia che non integra invece g.m.o. il caso di carenza o insufficienza dei requisiti soggettivi del lavoratore che ne suggeriscono la sostituzione; v. anche R. DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 2018, 670.

⁽⁵⁾ V., tra le altre, Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nella previsione della seconda parte dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, comprende anche l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore, non pretestuosamente e non semplicemente per un incremento di profitto, bensì per far fronte a sfavorevoli situazioni — non meramente contingenti — influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario, senza che sia rilevante la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale, in quanto, una volta accertata l'effettiva necessità della contrazione dei costi, in un determinato settore di lavoro, ogni risparmio che sia in esso attuabile si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificato”.

mica o organizzativa ⁽⁶⁾, purché oggettivamente orientate al bilancio di valori costituzionali espressi dai primi due commi dell'art. 41 Cost.

È però richiesto che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di un'individuata posizione lavorativa ⁽⁷⁾.

Il principio di libera iniziativa economica impone, infatti, di considerare legittimo anche un licenziamento che sia conseguenza di un'insindacabile decisione di modificare l'assetto organizzativo aziendale, pur semplicemente riducendo l'attività o eliminando in tutto o in parte un determinato settore produttivo ⁽⁸⁾.

Del resto, nessuno potrebbe dubitare della mera liceità della decisione dell'imprenditore di interrompere del tutto l'attività, a prescindere dalla

⁽⁶⁾ Cass. 15 gennaio 2019, n. 828, cit.; in senso analogo, v. Cass. 12 aprile 2018, n. 9127; Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882; Cass. 7 agosto 2017, n. 19655; Cass. 3 maggio 2017, n. 10699, cit.; Cass. 19 dicembre 2016 n. 25201, in *FI*, 2017, I, 134 ss., con nota di G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo "organizzativo": la fattispecie*; in *RIDL*, 2017, II, 743, con nota di M. PALLINI, *La (ir)rilevanza dei "motivi" dell'impresa nel sindacato di legittimità del licenziamento economico*; in *MGL*, 2017, 311 ss., con note di A. VALLEBONA, *Legittimità del licenziamento diretto ad incrementare il profitto*, e M. G. CASSIA, *Il licenziamento economico: le diverse opzioni interpretative e le relative conseguenze sugli oneri di allegazione e prova*; in *RGL*, 2017, II, 257, con nota di G. NATULLO, *La Cassazione delimita il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. Su tale nuovo orientamento v., altresì, B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storie e attualità*, ne *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, 2017, 1 ss.; C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *RIDL*, 2017, I, 153 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, ne *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, 2017, 19 ss.; M. FERRARESI, *Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *DRI*, 2018, 531 ss.; P. ICHINO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e il contenuto assicurativo del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2018, I, 545 ss.; M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, ne *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, 2017, 49 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie*, in *DRI*, 2018, 993 ss.; M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2017, 133 ss.; C. PONTERIO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *ADL*, 2017, 864 ss.; V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o normale licenziamento economico? ne Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, A. Perulli (a cura di), Giappichelli, 2017, 119 ss. V., altresì, DI CERBO - D. SIMEOLI, *Articolo 3 legge 15 luglio 1966 n. 604*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del Lavoro*, Vol. II, Giuffrè, 2017, 1616.

⁽⁷⁾ Cass. 15 gennaio 2019, n. 828, cit.

⁽⁸⁾ Cass.

CAPITOLO 8

L'ILLEGITTIMITÀ DEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE PER VIZI FORMALI E PROCEDURALI

di Luigi Di Paola

Sommario:

1. L'attuale quadro normativo. 1.1. I problemi posti dalla disciplina. 2. La valenza del termine inefficacia, quale sinonimo di illegittimità, contenuto nell'art. 18, comma 6, St.lav. 3. La motivazione del licenziamento e la contestazione disciplinare: esigenze difensive cui esse rispondono. 4. La violazione del requisito di motivazione. 4.1. Eventualità di una diversa portata della carenza di motivazione nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo e in quello disciplinare. 4.2. Le conseguenze della violazione del requisito di motivazione del licenziamento intimato ai vecchi assunti nelle piccole aziende. 5. Ipotesi di vizi procedurali eventualmente rilevanti sul piano dell'ingiustificatezza. 6. Le singole violazioni attinenti al meccanismo disciplinare. 6.1. La violazione della regola dell'affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti. 6.2. La violazione della regola della necessaria e specifica contestazione, nell'ipotesi di omessa motivazione del licenziamento. 6.3. La violazione della regola della tempestività della contestazione. 6.3.1. Il contrasto di giurisprudenza sulle conseguenze sanzionatorie e l'intervento delle Sezioni Unite. 6.4. Le violazioni della procedura posta dalla contrattazione collettiva. 6.5. La violazione della regola della immediatezza del licenziamento in presenza di contestazione tempestiva. 6.5.1. La violazione della regola della immediatezza del licenziamento per mancato rispetto del termine stabilito dalla contrattazione collettiva. 6.6. La violazione della regola della previa concessione del termine a difesa nel procedimento disciplinare e della necessità di audizione del lavoratore se richiesta. 6.7. La violazione della regola di immutabilità della contestazione. 6.8. Riflessioni conclusive. 7. La violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966. 8. La sussistenza "anche" della nullità o inefficacia del licenziamento o di un difetto di giustificazione dello stesso. 8.1. Il problema della separata impugnativa del licenziamento in giudizio per vizi formali e sostanziali.

1 L'attuale quadro normativo

L'attuale art. 18 St.lav. dispone ⁽¹⁾, al comma 6: « Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n.

⁽¹⁾ Con riferimento ai vecchi assunti occupati nelle grandi aziende; per i vecchi assunti occupati in quelle minori v. il § 4.2.

604⁽²⁾, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7⁽³⁾ della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7⁽⁴⁾ della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma⁽⁵⁾, ma 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⁽⁶⁾ dell'ultima retribuzione globale di fatto⁽⁷⁾, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo ».

Per i nuovi assunti vale, in relazione alle grandi aziende, la regola posta dall'art. 4 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, che suona così: « Nell'ipotesi in

⁽²⁾ Ove è stabilito che: « La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato ». Tale previsione non vale per i dirigenti, ai sensi dell'art. 2, comma 4, della legge stessa.

⁽³⁾ Che si riporta, per comodità di lettura, nei commi di interesse: « 1. Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano. 2. Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. 3. Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. (...) 5. In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa. (...) ».

⁽⁴⁾ Descritta direttamente, per comodità di trattazione, nei passi di interesse, al successivo § 7.

⁽⁵⁾ Che, per come già visto, così, tra l'altro, dispone: « Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento (...) ».

⁽⁶⁾ Secondo V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte II)*, in *RGL*, 2014, I, 462, tra le varie violazioni di costituzionalità che tale disciplina pone vi è quella dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, posta la esiguità dell'indennità economica, tale da evitare qualsiasi effetto di deterrenza o dissuasivo per il datore. Peraltro « il carattere fondamentale del diritto di difesa — certamente di importanza uguale rispetto all'assenza di giustificazione — avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel caso di recesso ingiustificato ». In tema v. anche la nota 79, all'inizio.

⁽⁷⁾ Sulla cui nozione v. il capitolo 11, § 2.1. Sul contenuto della tutela v. anche il capitolo 2, § 2.3.

cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, 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 una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità ⁽⁸⁾, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 ⁽⁹⁾ del presente decreto ».

Ai sensi dell'art. 9 del predetto d.lgs. l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'art. 4, comma 1 — per i nuovi assunti operanti nelle aziende minori (ossia nelle quali il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, St.lav.) —, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità ⁽¹⁰⁾.

Nel prevedere la sanzionabilità delle violazioni formali o procedurali (considerate di scarsa consistenza), il legislatore ha evidentemente inteso stabilire un prezzo per un disagio patito dal lavoratore per effetto della violazione della sua dignità (lesa indubbiamente da un licenziamento disciplinare, senza dar modo al lavoratore medesimo di giustificarsi) e del suo diritto di difesa in fase stragiudiziale e giudiziale.

Nei successivi paragrafi verranno nel dettaglio esaminate le sopra riportate discipline — eccettuati gli aspetti strettamente sanzionatori (i.e.: regime della reintegrazione, determinazione e calcolo dell'indennità, ecc. ...) di cui, per comodità di trattazione, si dirà al capitolo 11 —, con evidenziazione dei profili problematici di maggiore interesse, dopo aver effettuato qualche breve nonché doverosa premessa.

1.1 I problemi posti dalla disciplina

Il legislatore ha ritenuto, contrariamente al passato, di assegnare valenza, per così dire, secondaria ⁽¹¹⁾ ai profili di illegittimità del licenziamento

⁽⁸⁾ Sul contenuto della tutela v. anche il capitolo 2, § 3.3.

⁽⁹⁾ Trattasi delle tutele riferite ai casi di licenziamento discriminatorio, nullo, intimato in forma orale e ingiustificato.

⁽¹⁰⁾ V., sul punto, anche il capitolo 2, § 3.4.

⁽¹¹⁾ Di radicale svalutazione del vizio formale parla F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, 307.

per violazioni di forma e di procedura, stabilendo, a fronte di queste ultime, una tutela indennitaria “debole” sia per i vecchi che per i nuovi assunti.

La ragione della scelta risiede nell'esigenza di porre fine a talune incongruenze registrate nella disciplina previgente, che consentiva, nell'area della tutela reale, la ricostituzione del rapporto (producendo le violazioni attinenti alla motivazione l'inefficacia e quelle di cui all'art. 7 St.lav. ⁽¹²⁾ l'ingiustificatezza ⁽¹³⁾, entrambe comportanti la reintegra nel posto di lavoro) anche in presenza di inosservanze di scarso peso (si pensi, ad esempio, al licenziamento disciplinare intimato in assenza di audizione orale del lavoratore, oppure senza il rispetto di un lasso temporale minimo dalla comunicazione della contestazione) ⁽¹⁴⁾.

Tuttavia non è stato attentamente considerato che talune violazioni si presentano solo in apparenza di valenza secondaria, in quanto possono incidere, per come si vedrà, su profili sostanziali ⁽¹⁵⁾, attinenti soprattutto a forti esigenze difensive del lavoratore ⁽¹⁶⁾.

Si allude, in particolare, all'omessa contestazione dell'infrazione disci-

⁽¹²⁾ Che coincidono con i casi di: a) mancata affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti; b) contestazione non specifica degli addebiti; c) contestazione non tempestiva degli addebiti; d) intimazione del licenziamento prima del decorso del termine di cinque giorni dalla contestazione; e) mancata audizione orale del lavoratore che ne abbia fatto tempestiva richiesta (e difetto di accoglimento, da parte del datore, dell'istanza del lavoratore di essere assistito da rappresentante sindacale). Inoltre, fuori e a valle della previsione dell'art. 7 St.lav., si pongono i principi di immutabilità della contestazione e di tempestività (od immediatezza) del licenziamento (anche in relazione ad un termine previsto dalla contrattazione collettiva). Per l'intero quadro sia consentito il rinvio a L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, 2010, Giuffrè, 111 ss.

⁽¹³⁾ Essendo notoriamente escluso che possa configurarsi una nullità del licenziamento disciplinare derivante dalla violazione dell'art. 7 St.lav. (quale norma inderogabile di legge). Su analogo profilo, in tema di violazione del principio di immediatezza del licenziamento, v. il successivo § 6.5.

⁽¹⁴⁾ Per una rassegna di quelle che vengono definite “trappole formali” v., anche, C. PISANI, *Il licenziamento inefficace per vizio di forma, La disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012*, in M. Persiani (a cura di), in *GI*, 2014, 443. V., in linea generale, per l'individuazione dei rischi connessi ad una esasperazione della forma nel diritto del lavoro, L. ANGIELLO, *Forma e formalismo nel diritto del lavoro*, in *LG*, 2012, 645 ss.

⁽¹⁵⁾ V., sul punto, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 545, ove viene rilevato che la parola “violazione” adottata dal legislatore sia tanto ampia quanto generica, sì da coprire indifferentemente mancanze gravi e lievi, certo non meritevoli d'essere trattate in egual maniera. V., altresì, R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *RIDL*, 2013, I, 818, il quale evidenzia che il difetto della motivazione e della procedura disciplinare non è un vizio meno grave della carenza di giusta causa e del giustificato motivo soggettivo.

⁽¹⁶⁾ Garanzia per il licenziamento disciplinato, art. 2, Cost.: « La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e situazione ».

INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	VII
<i>Gli autori</i>	XXIII

CAPITOLO 1 IL LICENZIAMENTO IN GENERALE

di Luigi Di Paola

1. Il licenziamento e la sua disciplina	1
2. Ipotesi in cui l'estromissione del lavoratore non integra un vero e proprio atto di licenziamento	3
3. Il licenziamento, le dimissioni e il negozio risolutorio consensuale quali atti esclusivi di estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato	5
3.1. Il caso singolare dell'esclusione del socio lavoratore di cooperativa	8
4. Il problema della derogabilità del principio di necessaria giustificazione	11
5. Gli oneri di allegazione e prova concernenti l'avvenuto licenziamento	12

CAPITOLO 2 LE VARIE FORME DI TUTELA AVVERSO IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE ILLEGITTIMO

di Luigi Di Paola

1. Quadro delle varie forme di tutela avverso il licenziamento individuale illegittimo. Rinvio per la disciplina del licenziamento collettivo	13
2. La tutela reintegratoria "piena" per i vecchi assunti	15
2.1. La tutela reintegratoria "attenuata" per i vecchi assunti	16
2.2. La tutela indennitaria "forte" per i vecchi assunti	18
2.3. La tutela indennitaria "debole" per i vecchi assunti	19
2.4. La tutela obbligatoria "tradizionale" per i vecchi assunti	20
2.5. Il requisito occupazionale per l'applicabilità della tutela reintegratoria "attenuata" e di quella indennitaria "forte" o "debole" .	21
3. La tutela reintegratoria "piena" per i nuovi assunti	21
3.1. La tutela reintegratoria "attenuata" per i nuovi assunti	22
3.2. La tutela indennitaria "forte" per i nuovi assunti	23
3.3. La tutela indennitaria "debole" per i nuovi assunti	24
3.4. La tutela indennitaria per i nuovi assunti nelle piccole imprese	25
4. La tutela del socio lavoratore avverso il licenziamento	26

5.	Limiti dei rimedi di diritto comune avverso il licenziamento	29
6.	La tutela per le ipotesi di licenziamento illegittimo non direttamente considerate dal legislatore: rinvio	31
7.	Il problema della derogabilità delle conseguenze del licenziamento illegittimo	33

CAPITOLO 3 L'AMBITO DI APPLICABILITÀ DELLE TUTELE PREVISTE DAL D.LGS. N. 23/2015

di Luigi Di Paola e Ileana Fedele

1.	Il quadro normativo in generale	35
2.	Il valore dei termini "assunzione" e "conversione"	36
3.	La data di assunzione in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro non regolarizzato ed aspetti processuali problematici	38
4.	La data di assunzione in caso di accertamento della natura subordinata di un rapporto formalmente sorto da contratto a progetto (o autonomo in senso lato)	40
5.	La portata del termine "conversione"	41
6.	Le ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato	42
7.	I dirigenti	43
8.	Il superamento della soglia dimensionale ex art. 18 St.lav. dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni	44
9.	I casi controversi: il regime applicabile ai soci lavoratori di cooperativa, agli apprendisti, al personale nautico	45
10.	Inapplicabilità al pubblico impiego privatizzato	46
11.	Esclusione della violazione del principio costituzionale di uguaglianza	47

CAPITOLO 4 LICENZIAMENTO NULLO

di Marcello Basilico

1.	La nullità nel licenziamento	49
2.	Il licenziamento con effetto discriminatorio nella costruzione legislativa	52
3.	Il licenziamento discriminatorio nelle organizzazioni di tendenza	55
4.	La discriminazione nel licenziamento: genesi ed evoluzione della tutela	56
5.	Il licenziamento discriminatorio nella giurisprudenza della Corte di Cassazione	59

6.	La tassatività dei fattori di rischio	61
7.	Oggettività e comparazione nella discriminazione	63
8.	La prova della discriminazione nel licenziamento	65
9.	Ciò che deve provare il lavoratore discriminato	68
10.	La rilevanza dei dati statistici	70
11.	Ciò che deve provare il datore di lavoro	72
12.	I fattori di rischio	75
13.	L'affiliazione sindacale	81
14.	L'affiliazione politica	86
15.	L'handicap e la disabilità	87
16.	Il licenziamento del lavoratore disabile	89
17.	Il licenziamento per superato composto di malattia	94
18.	Le molestie	101
19.	Il licenziamento in costanza di matrimonio	104
20.	La nullità per violazione delle norme a tutela della genitorialità	107
21.	Il licenziamento discriminatorio per fattori atipici	113
22.	Gli altri casi di nullità del licenziamento	114
23.	Il motivo illecito determinante	122
24.	Il licenziamento in frode alla legge	126
25.	La nullità del licenziamento per ragioni pretestuose	128

CAPITOLO 5 IL LICENZIAMENTO ORALE

di Luigi Di Paola

1.	La nozione di licenziamento orale	135
1.1.	Ipotesi in cui il difetto dei requisiti della forma scritta si risolve in un licenziamento orale	137
1.2.	Ipotesi problematiche in cui è stato riconosciuto il rispetto della forma scritta	139
1.3.	Ipotesi in cui l'estromissione di fatto del lavoratore integra un licenziamento orale	140
1.4.	Ipotesi in cui l'estromissione di fatto del lavoratore non integra un licenziamento orale	141
2.	Casi di ammissibilità del licenziamento orale	143
3.	La valenza dell'inefficacia connessa al licenziamento orale	143
4.	La tutela reintegratoria "piena" del licenziamento orale e le sue ragioni	145
5.	La non assoggettabilità del licenziamento orale all'impugnativa a pena di decadenza	147
6.	La revoca del licenziamento orale	148
7.	Il problema della convalida del licenziamento orale	149

8.	Licenziamento orale e offerta di conciliazione: rinvio	150
9.	Il problema dell'onere della prova	151

CAPITOLO 6 IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

di Ileana Fedele

1.	La nozione di licenziamento disciplinare: l'elaborazione giurisprudenziale e la "ratifica" normativa	158
2.	Invarianza dei presupposti giustificativi del recesso datoriale e modulazione delle tutele	160
2.1.	Il "giustificato motivo soggettivo" e la "giusta causa": applicazione e sindacato delle clausole generali	162
2.2.	Il ruolo della contrattazione collettiva nell'accertamento giudiziale del giustificato motivo soggettivo e della giusta causa	165
2.3.	L'ambito del recesso datoriale per giusta causa: riconducibilità parziale o totale al licenziamento "disciplinare"	167
2.4.	La verifica sostanziale della causale formalmente adottata dal datore di lavoro: rinvio	171
3.	L'evoluzione del sistema di tutele avverso il licenziamento disciplinare illegittimo: dall'uniformità del trattamento sanzionatorio al regime differenziato dell'art. 18 St.lav. novellato sino all'indennità prefissata come regola per i "nuovi assunti" ex d.lgs. n. 23/2015	172
4.	Le tutele avverso il licenziamento disciplinare ingiustificato nel sistema sanzionatorio del nuovo art. 18 St.lav.: la reintegrazione "attenuata" (comma 4) e l'indennità "forte" (comma 5)	173
4.1.	Ambito di applicazione temporale del nuovo art. 18 St.lav.	174
5.	I casi di reintegrazione attenuata (comma 4 nuovo art. 18 St.lav.)	175
5.1.	L'insussistenza del fatto contestato	176
5.1.1.	La tesi del fatto materiale	177
5.1.1.1.	Obiezioni alla tesi del fatto materiale	181
5.1.2.	La tesi del fatto giuridico	182
5.1.2.1.	Obiezioni alla tesi del fatto giuridico	185
5.1.3.	La tesi del fatto inadempimento	186
5.1.3.1.	I limiti della tesi del fatto inadempimento	187
5.1.4.	L'interpretazione della giurisprudenza di legittimità	191
5.2.	Il fatto punito con sanzione conservativa dai contratti collettivi o dai codici disciplinari: la tesi dell'espressa tipizzazione e la tesi dell'interpretazione estensiva	195
5.2.1.	Analisi applicativa delle tesi dell'espressa tipizzazione e dell'interpretazione estensiva (e/o parametrica)	197
5.2.2.	Analisi esemplificativa del giudizio di proporzionalità secondo le previsioni dei contratti collettivi	200

5.2.3.	L'interpretazione della giurisprudenza	204
5.2.4.	Incoerenze e limiti nell'applicazione del criterio di selezione della tutela in base alle previsioni della contrattazione collettiva e dei codici disciplinari	207
5.3.	L'ambito di applicazione della tutela indennitaria forte (comma 5 nuovo art. 18 St.lav.)	208
6.	Il regime sanzionatorio dei licenziamenti disciplinari ingiustificati nella legge delega sull'introduzione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti	209
7.	La tutela avverso il licenziamento disciplinare ingiustificato nel d.lgs. n. 23/2015	212
7.1.	L'insussistenza del fatto materiale contestato, ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015	213
7.2.	La valutazione sulla proporzionalità del recesso nel regime del contratto a tutele crescenti: risvolti critici	216
7.3.	Sussistenza della giusta causa ed "insussistenza del fatto materiale contestato" nel contratto di lavoro a tutele crescenti ...	218
8.	Riflessi della soluzione adottata nel d.lgs. n. 23/2015 sui dubbi ermeneutici sollevati dal nuovo art. 18 legge n. 300/1970: la tesi dell'"interpretazione autentica" e la tesi dell'" <i>argumentum a contrario</i> "	223
9.	La ripartizione dell'onere della prova	225
9.1.	Poteri di controllo del datore di lavoro ed utilizzabilità dei dati acquisiti a fini disciplinari: condizioni	226
9.2.	L'insussistenza del fatto « direttamente dimostrata in giudizio » secondo il d.lgs. n. 23/2015	234
10.	Osservazioni conclusive sul complessivo sistema di tutele avverso il licenziamento disciplinare ingiustificato	237

CAPITOLO 7

**IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO
OGGETTIVO**

di Daniela Bracci

1.	Nozione	241
2.	I licenziamenti per ragioni relative all'impresa	242
2.1.	Non necessità dello stato di crisi aziendale	243
2.2.	Soppressione del posto di lavoro	245
2.3.	Soppressione del posto di lavoro con eccedenza parziale del lavoratore licenziato	248
2.4.	Soppressione del posto di lavoro nell'ambito di posizioni omogenee e scelta del lavoratore da licenziare	249
2.5.	Soppressione di più posti di lavoro: licenziamento individuale plurimo	251

3.	L'obbligo di <i>repechage</i>	251
3.1.	Incidenza della nuova disciplina delle mansioni sull'obbligo di <i>repechage</i>	253
3.2.	<i>Repechage</i> e gruppo di imprese	256
4.	Il licenziamento per sopravvenuta impossibilità	256
4.1.	Sopravvenuta infermità permanente	257
4.1.1.	La sentenza della Corte di Giustizia UE del 4 luglio 2013 e il nuovo comma 3 <i>bis</i> dell'art. 3 d.lgs. n. 216 del 2003	260
4.2.	Disabilità ed inabilità sopravvenuta per infortunio o malattia	262
4.3.	Sopravvenuta inidoneità dell'invalido assunto obbligatoriamente	264
4.4.	Impossibilità temporanea della prestazione lavorativa	266
4.4.1.	Mancato possesso di valido titolo abilitativo all'esercizio di professione sanitaria	266
4.4.2.	Sospensione delle abilitazioni all'attività di guardia giurata	267
4.4.3.	Ritiro del tesserino di accesso alle aree aeroportuali a dipendente aeroportuale	267
4.5.	Stato di detenzione del dipendente per fatti estranei al rapporto di lavoro	268
4.6.	Scadenza del permesso di soggiorno del lavoratore extracomunitario	268
4.7.	Consumo abituale di sostanze stupefacenti anche al di sotto della soglia di tossicodipendenza	269
5.	Licenziamento per scarso rendimento	270
6.	L'onere della prova	273
6.1.	<i>Repechage</i> e onere della prova	274
7.	La procedura conciliativa introdotta dalla legge n. 92/2012	276
8.	Il regime sanzionatorio per i vecchi assunti	278
8.1.	La manifesta insussistenza del fatto	279
8.1.1.	Obbligatorietà o meno dell'ordine di reintegra	281
8.1.2.	Questioni sull'applicabilità del criterio della "eccessiva onerosità" della tutela reintegratoria	283
8.2.	Le ipotesi connesse alla salute del lavoratore previste dall'art. 18, comma 7, St.lav.	284
8.3.	Le ipotesi residue e la tutela indennitaria	284
9.	Il regime sanzionatorio per i nuovi assunti	285
9.1.	Il licenziamento del lavoratore inidoneo al servizio per motivi di salute (art. 2 comma 4, del d.lgs. n. 23/2015): rinvio	285
9.2.	Il licenziamento per superamento del periodo di comporta: rinvio	286

CAPITOLO 8 L'ILLEGITTIMITÀ DEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE PER VIZI FORMALI E PROCEDURALI

di Luigi Di Paola

1.	L'attuale quadro normativo	287
1.1.	I problemi posti dalla disciplina	289
2.	La valenza del termine inefficacia, quale sinonimo di illegittimità, contenuto nell'art. 18, comma 6, St.lav.	292
3.	La motivazione del licenziamento e la tempestiva contestazione disciplinare: esigenze difensive cui esse rispondono	292
4.	La violazione del requisito di motivazione	295
4.1.	Eventualità di una diversa portata della carenza di motivazione nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo e in quello disciplinare	297
4.2.	Le conseguenze della violazione del requisito di motivazione del licenziamento intimato ai vecchi assunti nelle piccole aziende	298
5.	Ipotesi di vizi procedurali eventualmente rilevanti sul piano dell'ingiustificata	300
6.	Le singole violazioni attinenti al meccanismo disciplinare	304
6.1.	La violazione della regola dell'affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti	304
6.2.	La violazione della regola della necessaria e specifica contestazione, nell'ipotesi di omessa motivazione del licenziamento ...	307
6.3.	La violazione della regola della tempestività della contestazione	311
6.3.1.	Il contrasto di giurisprudenza sulle conseguenze sanzionatorie e l'intervento delle Sezioni Unite	312
6.4.	Le violazioni della procedura posta dalla contrattazione collettiva	315
6.5.	La violazione della regola della immediatezza del licenziamento in presenza di contestazione tempestiva	317
6.5.1.	La violazione della regola della immediatezza del licenziamento per mancato rispetto del termine stabilito dalla contrattazione collettiva	318
6.6.	La violazione della regola della previa concessione del termine a difesa nel procedimento disciplinare e della necessità di audizione del lavoratore se richiesta	320
6.7.	La violazione della regola di immutabilità della contestazione	321
6.8.	Riflessioni conclusive	322
7.	La violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966	322

8. La sussistenza “anche” della nullità o inefficacia del licenziamento o di un difetto di giustificazione dello stesso 324
- 8.1. Il problema della separata impugnativa del licenziamento in giudizio per vizi formali e sostanziali 325

CAPITOLO 9 IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO

di Giovanni Mimmo

1. La nozione di licenziamento collettivo 327
- 1.1. Licenziamento collettivo e licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo 328
- 1.2. L’ambito del sindacato giudiziario nel licenziamento collettivo 329
2. Evoluzione normativa: la disciplina anteriore alla legge n. 223/1991 331
- 2.1. Le direttive europee 331
- 2.2. *Segue*: la legge n. 223/1991 e le successive modifiche 333
3. Le ipotesi di licenziamento collettivo 335
- 3.1. Il c.d. collocamento in mobilità 336
- 3.2. Licenziamento collettivo per riduzione del personale 338
- 3.2.1. Il requisito dimensionale dell’azienda 339
- 3.2.2. Il numero dei licenziamenti 341
- 3.3. Il licenziamento per cessazione dell’attività 343
- 3.4. Onere della prova 345
- 3.5. Esclusioni 346
4. La procedura di licenziamento collettivo 348
- 4.1. La comunicazione di avvio della procedura 349
- 4.1.1. Destinatari della comunicazione 351
- 4.2. L’esame congiunto 352
- 4.2.1. L’intervento della parte pubblica 353
- 4.2.2. Conclusione dell’esame congiunto: l’accordo 353
- 4.2.3. L’accordo e l’efficacia sanante di vizi della comunicazione 355
- 4.2.4. L’effetto sanante successivamente alle legge n. 92/2012 357
- 4.2.5. Il mancato accordo e l’intimazione dei licenziamenti... 359
- 4.3. Comunicazione conclusiva 360
- 4.3.1. Contenuto 363
5. I criteri di scelta 364
- 5.1. L’ambito aziendale per l’individuazione dei lavoratori da licenziare 366
- 5.2. I criteri convenzionali o legali di scelta 368
- 5.2.1. Il criterio della vicinanza al pensionamento 370

5.3. Le deroghe legali	371
6. Le conseguenze dell'invalidità del licenziamento	372
6.1. Il licenziamento intimato oralmente	374
6.2. Il licenziamento illegittimo nell'ambito dell'art. 18 della legge n. 300/1970	375
6.2.1. Vizi della procedura	378
6.2.2. Violazione dei criteri di scelta	379
6.2.3. Distinzione tra vizi della procedura e violazione dei criteri di scelta	381
6.3. Il licenziamento illegittimo nell'ambito del d.lgs. n. 23/2015	383
6.4. Onere di impugnazione	384
7. Conseguenze derivanti dalla reintegrazione dei lavoratori ingiustamente licenziati	384
8. Licenziamento collettivo dei dirigenti	386

CAPITOLO 10 RILEVANZA DEI MOTIVI DEL LICENZIAMENTO E SINDACATO GIUDIZIALE CON RIGUARDO AI VIZI SOSTANZIALI

di Luigi Di Paola

1. Rilevanza dei motivi del licenziamento e sindacato giudiziale con riguardo ai vizi sostanziali	389
2. La tutela in caso di licenziamento non motivato ed in presenza della difesa datoriale in giudizio	390
2.1. La tutela in caso di licenziamento non motivato ed in assenza della difesa datoriale in giudizio	391
3. La tutela in caso di licenziamento non motivato con riferimento alla sussistenza di un fatto: il recesso da rapporto in prova, dal rapporto riqualificato, durante il rapporto. L'ipotesi del licenziamento del lavoratore occupato obbligatoriamente	393
4. La tutela in caso di motivazione non veritiera del licenziamento	395
4.1. Le norme volte a neutralizzare la valenza della motivazione "apparente" del licenziamento	396
4.2. Licenziamento disciplinare occulto e disciplina per i nuovi assunti	400
4.3. Il possibile superamento dei motivi posti a base del licenziamento o di quelli dedotti dal lavoratore in giudizio per effetto del rilievo officioso delle nullità negoziali: esclusione	402

CAPITOLO 11 LA DISCIPLINA SANZIONATORIA CORRELATA AL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE ILLEGITTIMO

di Luigi Di Paola

1. La reintegrazione nel posto di lavoro	405
2. L'indennità risarcitoria: aspetti generali	411
2.1. L'indennità risarcitoria secondo l'art. 18 St.lav.	415
2.2. L'indennità risarcitoria secondo il d.lgs. n. 23/2015: la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018	419
2.2.1. Computo dell'anzianità negli appalti. Computo e misura delle indennità per frazioni di anno	426
2.2.2. L'indennità risarcitoria nelle piccole imprese	427
2.3. La restituzione dell'indennità già corrisposta in caso di ritenuta legittimità del licenziamento	428
3. <i>L'aliunde perceptum</i>	429
4. <i>L'aliunde percipiendum</i> e il concorso del fatto colposo del creditore	431
4.1. Gli effetti dell'offerta di riassunzione <i>ex nunc</i>	434
5. L'indennità minima pari a cinque mensilità	434
6. Gli oneri contributivi	435
7. L'opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione	438
8. L'invito a riprendere servizio	442

CAPITOLO 12 IL DANNO "ULTERIORE" CONNESSO AL LICENZIAMENTO

di Luigi Di Paola

1. Il problema del danno non patrimoniale da licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela reale	445
2. Il danno non patrimoniale a seguito di provvedimento tardivo di reintegra	447
3. Il danno patrimoniale a seguito di provvedimento tardivo di reintegra....	448
4. Il problema del danno non patrimoniale da licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela indennitaria	448
5. Il danno non patrimoniale da licenziamento ingiurioso	449

CAPITOLO 13 LA RINNOVAZIONE E REITERAZIONE DEL LICENZIAMENTO

di Luigi Di Paola

1. La rinnovazione del licenziamento	451
--	-----

2.	Il problema della reiterazione del licenziamento	452
3.	L'orientamento dominante favorevole alla reiterazione del licenziamento individuale	453
4.	Profili applicativi in tema di decadenza e sul versante processuale	455
5.	La reiterazione nel nuovo scenario normativo	456
6.	Illegittimità del primo licenziamento e mancata impugnazione o accertata legittimità del secondo: implicazioni	456
7.	La questione del <i>ne bis in idem</i>	458

CAPITOLO 14 LA REVOCA DEL LICENZIAMENTO

di Paolo Sordi

1.	La disciplina di diritto comune della revoca del licenziamento	463
2.	La disciplina speciale della revoca del licenziamento	464
3.	La legittimità costituzionale dell'art. 5 d.lgs. n. 23 del 2015	468

CAPITOLO 15 IL LICENZIAMENTO INTIMATO DA SOGGETTO DIVERSO DAL TITOLARE DEL RAPPORTO

di Luigi Di Paola

1.	Premessa	471
2.	Licenziamento e centro unitario di imputazione di interessi	471
3.	Licenziamento e gruppo di società	472
4.	Licenziamento e codatorialità	473
5.	Licenziamento e somministrazione di lavoro irregolare: la presa di posizione della Cassazione	474
6.	Licenziamento e appalto non genuino	477
7.	Licenziamento e distacco illegittimo	478
8.	Licenziamento e trasferimento d'azienda invalido	478

CAPITOLO 16 L'IMPUGNATIVA DEL LICENZIAMENTO E LE DECADENZE

di Luigi Di Paola

1.	L'impugnativa (anche) extragiudiziale del licenziamento	481
1.1.	Forma, contenuto e provenienza dell'impugnativa extragiudiziale	482
1.2.	Casi di obbligatorietà dell'impugnativa	483
1.3.	Casi di non obbligatorietà dell'impugnativa	486

1.4.	La decorrenza del termine di decadenza	488
1.5.	L'impedimento della decadenza	489
2.	Gli atti da compiersi a pena di inefficacia. Ragioni della previsione di un secondo termine di decadenza	491
2.1.	Il problema della decorrenza del secondo termine di decadenza	493
2.2.	La soluzione offerta dalla Corte di cassazione: critica	495
2.3.	Il problema dell'impedimento del secondo termine di decadenza	497
3.	La particolare disposizione contenuta nel cosiddetto "decreto mille proroghe"	499
4.	L'eccezione di decadenza	500
5.	La rinuncia all'impugnativa del licenziamento	501
6.	Gli effetti della decadenza	502
7.	L'acquiescenza al licenziamento	504
8.	L'azione di impugnativa del licenziamento	505

CAPITOLO 17 IL LICENZIAMENTO AD NUTUM

di Luigi Di Paola

1.	Ipotesi di licenziamento <i>ad nutum</i>	511
2.	Il licenziamento del lavoratore domestico	511
3.	Il recesso datoriale dal lavoro in prova	512
4.	Il licenziamento degli apprendisti al termine del periodo di formazione	512
5.	Il licenziamento dei lavoratori a domicilio e dei collaboratori nell'impresa familiare	513
6.	Il licenziamento dei lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici	513
7.	Il licenziamento del dirigente: rinvio	518

CAPITOLO 18 IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE

di Giovanni Mimmo

1.	Il licenziamento del dirigente quale ipotesi di licenziamento <i>ad nutum</i>	519
1.1.	Le limitazioni al libero licenziamento del dirigente: gli interventi del legislatore	520
1.2.	<i>Segue</i> : gli interventi della contrattazione collettiva	521

1.3. <i>Segue</i> : gli interventi della giurisprudenza: in particolare, l'applicazione ai dirigenti della disciplina di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970 e dei principi di tempestività e specificità della contestazione	522
1.4. Il preavviso	524
2. L'individuazione della figura del dirigente ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria	525
3. Il concetto di giustificatezza del licenziamento del dirigente	528
3.1. La nozione di giustificatezza nell'ambito del licenziamento disciplinare	529
3.2. La nozione di giustificatezza nell'ambito del licenziamento economico	531
4. La disciplina sanzionatoria in ipotesi di licenziamento inefficace, nullo, illegittimo o ingiustificato: le sanzioni legali	532
4.1. <i>Segue</i> : le sanzioni convenzionali	533
5. Onere di impugnazione del licenziamento del dirigente	534

CAPITOLO 19 LE ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA

di Luigi Di Paola

1. La norma speciale <i>ante</i> riforma "Fornero"	537
2. La tesi incentrata sulla implicita abrogazione, ad opera della legge "Fornero", dell'art. 4, comma 1, legge n. 108/1990	538
3. La disciplina di cui all'art. 9, comma 2, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23	539

CAPITOLO 20 LA DECORRENZA E LA SOSPENSIONE DEL LICENZIAMENTO

di Luigi Di Paola

1. La disciplina speciale posta dalla legge "Fornero"	541
2. La decorrenza del licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300	542
3. La decorrenza del licenziamento intimato all'esito del procedimento di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604	543
4. La sospensione degli effetti del licenziamento	543

CAPITOLO 21 IL PREAVVISO DI LICENZIAMENTO

di Giovanni Mimmo

1. Funzione e ambito di applicazione	545
--	-----

1.1.	Ipotesi di cessazione del rapporto in cui il preavviso non è dovuto	546
1.2.	Ipotesi in cui il preavviso è dovuto	547
2.	Durata del termine di preavviso	548
3.	Decorrenza	549
3.1.	La decorrenza del preavviso nell'ambito del principio di retroattività del licenziamento introdotto dalla legge n. 92/2012	550
4.	Efficacia reale ed efficacia obbligatoria del preavviso. Il preavviso "lavorato"	551
4.1.	Segue: il preavviso non "lavorato"	552
5.	L'indennità sostitutiva del preavviso	554
5.1.	Indennità sostitutiva del preavviso e licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela reintegratoria e della tutela indennitaria	556
5.2.	Indennità sostitutiva del preavviso e riqualificazione del licenziamento	557

CAPITOLO 22 L'OFFERTA DI CONCILIAZIONE

di Paolo Sordi

1.	Inquadramento sistematico	559
2.	Ambito di applicabilità	562
3.	Forma e tempo dell'offerta	564
4.	Contenuto dell'offerta	566
5.	La questione della revocabilità dell'offerta	568

CAPITOLO 23 IL LICENZIAMENTO NEL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

di Paolo Sordi

1.	Le fonti	571
2.	I motivi oggettivi: l'eccedenza di personale	572
3.	Segue: il licenziamento per « esigenze organizzative »	573
4.	Segue: le residue ipotesi di giustificato motivo oggettivo	574
5.	I motivi soggettivi: gli inadempimenti del lavoratore	575
6.	Segue: i fatti della vita privata del lavoratore	579
7.	Segue: l'incompatibilità	580
8.	Il conseguimento dei requisiti pensionistici	581

9. Il licenziamento del dirigente	583
10. Il licenziamento del lavoratore in prova	589
11. Le conseguenze del licenziamento illegittimo	590
<i>Indice analitico</i>	597