

## Capitolo XVI

### LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

#### Sezione I

#### **La ragion d'essere della disciplina inderogabile della cessazione del rapporto**

Sommario: 491. Il problema della distribuzione migliore del rischio delle sopravvenienze negative fra imprenditore e lavoratore. — 492. Nesso logico tra limitazione della facoltà di recesso dal rapporto a tempo indeterminato e limitazione della facoltà di assunzione con contratto a termine. — 493. Le forme di cessazione del contratto di lavoro. Inapplicabilità al rapporto di lavoro della rescissione per eccessiva onerosità sopravvenuta e inammissibilità della clausola risolutiva espressa.

**491.** *Il problema della distribuzione migliore del rischio delle sopravvenienze negative fra imprenditore e lavoratore.* — Qualsiasi attività lavorativa svolta durevolmente a titolo oneroso da un prestatore in favore di un altro soggetto è esposta a numerose sopravvenienze, cui corrispondono altrettanti rischi, suscettibili di essere posti dal contratto a carico del primo o del secondo. Vi sono innanzitutto le sopravvenienze che possono impedire la prestazione o ridurne o azzerarne la produttività, attinenti alla persona del prestatore stesso: vengono in rilievo a questo proposito soprattutto la malattia, l'infortunio, la maternità, la necessità di accudire parenti gravemente infermi. Vi sono inoltre le sopravvenienze esterne, quali i casi di forza maggiore impeditivi della prestazione, gli *shocks* tecnologici che possono renderne obsoleto il contenuto professionale, le vicende del mercato che possono ridurne la redditività per l'imprenditore. A tutte queste sopravvenienze, che sfuggono al controllo di ciascuna delle due parti del rapporto, si aggiunge come rilevantissimo fattore determinante dell'utilità concreta della prestazione la possibile variazione dell'impegno profuso dal prestatore nell'adempimento del debito contrattuale: variazione che sovente sfugge alla possibilità di controllo del creditore, costituendo quindi per lo stesso un possibile rischio aggiuntivo (quello che gli economisti chiamano *moral hazard*). Per altro verso, l'utilità concreta della prestazione, quando questa sia inserita in una attività imprenditoriale, può variare anche in conseguenza di scelte e comportamenti dell'imprenditore che sfuggono alla possibilità di controllo del lavoratore.

In assenza di vincoli posti dall'ordinamento, il contratto di lavoro a carattere durevole, cioè avente per oggetto una prestazione che si estende nel tempo, può collocare in tutto o in parte i rischi di cui si è detto a carico del prestatore, consentendo al suo creditore di recedere dal contratto — oppure consentendogli di ridurre unilateralmente la retribuzione — quando si verifichi la sopravvenienza che riduce l'utilità della prestazione; oppure può collocarli, in tutto o in parte, a carico di quest'ultimo, limitando corrispondentemente la sua facoltà di recedere dal rapporto o di ridurre la retribuzione. In una situazione di mercato perfettamente concorrenziale, che implica l'assenza di costi di transazione rilevanti e in particolare una perfetta simmetria di informazione tra le parti, ci si può attendere che si verifichi tra di esse uno scambio di sicurezza contro retribuzione vantaggioso per entrambe: la parte che è meno propensa al rischio «paga» qualche cosa all'altra in cambio dell'esenzione dal rischio; e poiché normalmente meno propenso al rischio è colui che trae la maggior parte del proprio reddito dal singolo rapporto, cioè il lavoratore che presta continuativamente e in via prevalente o esclusiva la propria opera in favore di un solo committente, in quella situazione la libera negoziazione fra le parti dovrebbe portare spontaneamente alla collocazione di una parte consistente del rischio a carico del committente stesso (mediante clausole di invariabilità della retribuzione e di limitazione della facoltà di recesso), con corrispondente «premio assicurativo» a carico del prestatore (retribuzione inferiore rispetto a quella che egli potrebbe ottenere, a parità di ogni altra condizione, accollandosi il rischio) (1). Poiché, d'altro lato, tra i committenti continuativi l'imprenditore si caratterizza per la maggiore propensione al rischio inerente allo svolgimento futuro del rapporto di lavoro — anche in conseguenza del carattere professionale della sua attività, della pluralità di rapporti di lavoro che egli solitamente intrattiene e della conseguente suddivisione del suo rischio complessivo —, ne consegue che il contratto di lavoro continuativo nell'impresa dovrebbe, per interesse comune delle parti, essere quello in cui si realizza spontaneamente con maggiore frequenza e in maggior misura l'accordo assicurativo fra datore e prestatore di lavoro, cioè lo scambio di sicurezza contro retribuzione. Si realizzerebbe così spontaneamente la situazione ottimale, nella quale l'imprenditore trae profitto dalla propria superiore capacità di sopportazione del rischio acquisendo la prestazione dei propri collaboratori a un costo complessivamente inferiore rispetto a quello che, *coeteris paribus*, egli dovrebbe altrimenti accollarsi, ma al tempo stesso dando loro quella sicurezza che vale per loro più del «premio assicurativo» (cioè del sacrificio retributivo) pagato per conseguirla.

Senonché questo scambio, vantaggioso per tutti, è di fatto generalmente impedito da una asimmetria informativa caratteristica del mercato del lavoro, della quale si è già fatto cenno più volte nel corso di questa trattazione (§§ 6, 238, 241, 380): al momento della negoziazione del contratto l'imprenditore conosce inevitabilmente molto peggio del

lavoratore o della lavoratrice le loro qualità personali, e in particolare il loro rischio di (o propensione ad assentarsi per) malattia, i loro progetti di maternità/paternità, la loro capacità e volontà di adattarsi all'evoluzione tecnologica; in difetto di informazione adeguata su questi elementi, l'imprenditore è naturalmente portato a preferire il lavoratore o la lavoratrice che gli si presenti chiedendo minore sicurezza e maggiore retribuzione, così segnalandosi come collaboratore meno «a rischio»; viceversa, l'imprenditore tende, per lo stesso motivo, a sospettare che sia più «a rischio» chi chiede maggiore sicurezza a costo di una minore retribuzione (2). Questo fa sì che, anche in un mercato del lavoro non monopsonistico (§§ 4 e 6), in assenza di un intervento autoritativo che imponga almeno in parte la collocazione del rischio a carico dell'imprenditore, la domanda di sicurezza dei lavoratori resti tendenzialmente inespressa: tutto il rischio finisce così coll'essere collocato sulla parte che, in generale, è meno capace di sopportarlo, mentre l'impresa è impedita a trarre profitto dalla propria capacità di produrre e offrire sicurezza (3). Tra le conseguenze indesiderabili di un eccesso di diffusione dei rapporti di lavoro precari, oltre al suo effetto depressivo sui consumi e sulla fecondità delle famiglie, va annoverato anche, per un verso, il suo effetto depressivo sull'investimento che ciascun lavoratore fa sul proprio «capitale umano» in riferimento alle esigenze dell'impresa da cui dipende, nonché, conseguentemente, sulla sicurezza del lavoro; per altro verso tra quelle conseguenze vanno annoverati gli effetti negativi sul sistema previdenziale e sulla possibilità di sviluppo di forme di previdenza complementare (4).

L'ineliminabile asimmetria informativa fra imprenditore e lavoratore circa le qualità personali di quest'ultimo e il *moral hazard* che grava sul primo fanno sì che, in un mercato del lavoro lasciato a se stesso, la negoziazione individuale tenda a produrre un effetto contrario alla ripartizione ottimale del rischio e dei relativi costi fra le parti. Donde la desiderabilità di un intervento eteronomo volto a imporre la collocazione di una parte rilevante del rischio sull'imprenditore, salvo l'inevitabile aggiustamento automatico dell'equilibrio economico fra le parti, nel senso della riduzione dei livelli retributivi corrispondente al «premio assicurativo» che i lavoratori pagano per la sicurezza ottenuta. Un intervento siffatto è utile e necessario non soltanto ai lavoratori, ma anche all'impresa, per consentirle di svolgere la sua funzione economico-sociale essenziale di produttrice di sicurezza; e per consentirle di trarne quel maggior profitto che il mercato, lasciato a se stesso, non le consentirebbe di conseguire.

Per meglio comprendere questo argomento, si consideri quanto la maggior parte dei lavoratori, anche di quelli professionalmente più forti, sia interessata a sottrarsi a una valutazione periodica dell'opportunità economica della prosecuzione del rapporto (oppure a una rideterminazione periodica del trattamento economico) da parte dell'imprenditore: la sottoposizione continuativa a quella valutazione è fonte di insicurezza, di ansia, di «stress da esame»; e l'interesse a sottrarsi è tanto maggiore quanto più elevata è la possibilità che l'esame dia esito negativo per eventi non controllabili. Ciononostante, al momento della negoziazione delle condizioni di lavoro, anche il lavoratore che disponga di diverse alternative (cioè che non soffra di uno squilibrio di potere contrattuale di natura monopsonistica) è normalmente portato a non chiedere di sottrarsi a quella valutazione periodica, per non «segnalarsi» come portatore di un rischio maggiore per il datore di lavoro, soprattutto sul piano del *moral hazard*, rispetto ai lavoratori concorrenti; egli così non chiede sicurezza e non offre al datore di lavoro il «premio assicurativo», che pure sarebbe ben disposto a pagare per acquisirla. Se non è una fonte eteronoma a imporlo, questo scambio — pur vantaggioso per entrambe le parti — spontaneamente tende a non prodursi.

La correzione di questa distorsione tipica del mercato del lavoro mediante un intervento eteronomo sulla distribuzione del rischio delle sopravvenienze fra le parti corrisponde dunque non soltanto a un interesse generale dei lavoratori, in qualche misura condiviso anche dai più dotati e più sicuri di sé fra di essi, ma anche a un interesse degli imprenditori: l'intervento eteronomo è indispensabile per eliminare un ostacolo che altrimenti ridurrebbe di molto la loro capacità di mettere a frutto la propria capacità di assumere su di sé il rischio offrendo ai propri collaboratori sicurezza; quella capacità che nell'ultimo secolo ha esaltato il ruolo economico-sociale dell'impresa su entrambe le sponde dell'Atlantico e del Pacifico (5). Questo spiega il fiorire a tutte le latitudini e longitudini delle normative di fonte legislativa tendenti a limitare la facoltà di recesso dei datori di lavoro, anche prima che tale limitazione fosse prevista in una convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (§ 14); e spiega altresì il fenomeno per cui anche nel Paese che più si caratterizza nel panorama mondiale per l'alta propensione al rischio della sua popolazione e per la corrispondente assenza di vincoli legislativi in materia di recesso dal rapporto di lavoro, quei vincoli finiscano per essere in qualche misura reintrodotti e generalizzati per via giurisprudenziale (6).

**492. Nesso logico tra limitazione della facoltà di recesso dal rapporto a tempo indeterminato e limitazione della facoltà di assunzione con contratto a termine.** — È naturale che in un ordinamento nel quale la facoltà di licenziamento sia fortemente compressa gli imprenditori tendano a preferire, a parità di ogni altra condizione, l'assunzione dei lavoratori con contratto a termine: quanto più breve è il termine, infatti, tanto minore è il rischio circa le possibili sopravvenienze negative che il datore di lavoro con il contratto si assume, ovvero il contenuto assicurativo del rapporto. Questo spiega la funzione complementare che la limitazione della facoltà di assumere lavoratori con contratto a tempo determinato svolge rispetto alla limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro: in difetto della prima limitazione, la seconda potrebbe essere agevolmente elusa coll'assumere i lavoratori mediante una successione continua di contratti di durata breve, suscettibile di interruzione nel momento in cui la

prestazione lavorativa cessasse di essere redditizia per il datore. Non sorprende, dunque, che gli ordinamenti caratterizzati da una maggiore libertà di licenziamento nei rapporti a tempo indeterminato siano anche quelli caratterizzati da una maggiore o totale libertà di assunzione a termine (così, in particolare, gli U.S.A., ma anche la Gran Bretagna), e viceversa (la maggiore rigidità si riscontri, sui licenziamenti come sui contratti a termine, nei paesi della c.d. fascia mediterranea: Spagna, Italia, Grecia e Turchia) (7).

Questo non toglie che, dove la stabilità dei rapporti a tempo indeterminato è garantita più rigidamente, il mercato del lavoro tenda per reazione a una maggiore diffusione dei rapporti a termine. Accade anche, del resto, che, negli ordinamenti più severi verso le imprese in materia di licenziamento nei rapporti a tempo indeterminato, la conseguente rigidità del sistema venga talvolta temperata con un allentamento dei vincoli in materia di contratto a termine: è quanto è accaduto in Italia dalla fine degli anni '70 fino ad oggi, col risultato di una diffusione dei contratti a termine nettamente superiore rispetto alla media europea (8). Così come, viceversa, si dà il caso della scelta di ridurre i vincoli in materia di licenziamento e aumentarli in materia di contratto a termine, al fine di incrementare la quota di lavoratori a tempo indeterminato rispetto ai titolari di rapporti precari (9).

**493.** *Le forme di cessazione del contratto di lavoro. Inapplicabilità al rapporto di lavoro della rescissione per eccessiva onerosità sopravvenuta e inammissibilità della clausola risolutiva espressa.* — Il contratto di lavoro può cessare in una delle forme seguenti:

- per morte del datore di lavoro, quando il contratto abbia avuto per oggetto una prestazione lavorativa al servizio esclusivamente personale del datore stesso (§ 494);
- per morte del lavoratore (v. ancora § 494);
- per mancata ripresa del lavoro entro trenta giorni dopo la sospensione causata dal servizio militare (§ 415) o dopo l'invito a riprendere servizio in ottemperanza a sentenza di annullamento di licenziamento (§ 523);
- per disposizione speciale di legge in circostanze particolari (10);
- per scadenza del termine legittimamente pattuito (§ 500);
- per recesso unilaterale del lavoratore (§ 495);
- per risoluzione consensuale (§ 498);
- per recesso unilaterale del datore di lavoro (§§ 513-547).

Tra le forme di cessazione del contratto non si annovera invece la sentenza di rescissione per eccessiva onerosità sopravvenuta e neppure la clausola risolutiva espressa (11), previste entrambe dal diritto comune dei contratti (artt. 1447-1448 e 1456 c.c.), stante l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale consolidato nel senso dell'incompatibilità di questi istituti con la disciplina speciale inderogabile della cessazione del rapporto di lavoro, della cui *ratio* fondamentale si è detto nei due paragrafi precedenti: il solo rimedio contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta e contro l'inadempimento di notevole entità, nel rapporto di lavoro, è dunque costituito dalla risoluzione nella forma del recesso unilaterale.

## Sezione II

### Forme di cessazione del rapporto diverse dal licenziamento

Sommario: 494. La morte del lavoratore o del datore di lavoro. — 495. Il recesso unilaterale del lavoratore. — 496. Annulabilità delle dimissioni per incapacità o vizio del consenso. Il caso delle «dimissioni in bianco». — 497. Limitazioni pattizie sostanziali della facoltà di recesso del lavoratore: clausola di durata minima e prolungamento del preavviso. — 498. La risoluzione consensuale.

**494.** *La morte del lavoratore o del datore di lavoro.* — La natura strettamente personale della prestazione che è oggetto del contratto di lavoro è evidentemente incompatibile con la successione ereditaria nella titolarità passiva della relativa obbligazione: donde la cessazione del contratto conseguente alla morte del lavoratore, cui consegue l'obbligo per il datore di pagare l'indennità di cui all'art. 2122 c.c. al coniuge, ai figli e ai parenti entro il terzo grado o affini entro il secondo, della quale si è detto a suo luogo (§ 264).

Alla morte del datore di lavoro-persona fisica consegue invece la cessazione del contratto soltanto quando esso abbia per oggetto una prestazione lavorativa al servizio esclusivamente personale del datore medesimo: è il caso del segretario personale o del collaboratore domestico (§ 110), quando questi abbia operato per il solo datore defunto. Quando invece della prestazione abbiano beneficiato continuativamente altri membri della famiglia, oppure la prestazione sia consistita nell'amministrazione di un patrimonio di apprezzabile entità, il rapporto prosegue alle dipendenze di chi eredita l'«azienda domestica» o il patrimonio: l'erede o gli eredi dovranno dunque corrispondere la retribuzione che maturerà anche dopo il decesso del *de cuius*, se e fino a quando essi stessi non licenzieranno il

dipendente o il contratto non cesserà in altre forme.

Discorso ovviamente diverso vale per il datore di lavoro-persona giuridica, non suscettibile di morte naturale, la cui giuridica esistenza non può, di regola, cessare prima che tutti i rapporti di lavoro alle sue dipendenze siano stati risolti: vi deve pertanto provvedere mediante recesso unilaterale o risoluzione consensuale l'amministratore, il liquidatore o il curatore fallimentare, essendo esplicitamente escluso dal codice civile (art. 2119, 2° c.) che il fallimento o la liquidazione coatta amministrativa determinino di per sé la cessazione del rapporto, e neppure una giusta causa di licenziamento senza preavviso (§ 518).

**495. Il recesso unilaterale del lavoratore.** — La libertà del recesso del prestatore dal contratto di lavoro a tempo indeterminato è garanzia fondamentale della sua libertà personale, del suo diritto costituzionalmente garantito di scegliere come, quanto e per chi lavorare (art. 4 Cost.), della possibilità per lui di trarre beneficio e sicurezza dalle opportunità alternative offertegli dal mercato del lavoro (12).

L'unico limite sostanziale a questa facoltà — quando essa non sia soggetta a limitazioni negoziali, delle quali si dirà a loro luogo (§ 497) — è costituito dal dovere del preavviso, imposto al lavoratore, come al datore di lavoro, dall'art. 2118 c.c. (§ 512) (13). L'entità minima del preavviso era determinata originariamente dalla legge soltanto per gli impiegati (r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825, artt. 9 e 10, dove il preavviso minimo è fissato in misura variabile da quindici giorni a quattro mesi, a seconda del livello professionale e dell'anzianità di servizio) e per i collaboratori domestici (l. 2 aprile 1958 n. 339, art. 16, dove per il personale non impiegatizio il preavviso minimo è fissato in misura variabile da quindici a trenta giorni a seconda dell'anzianità di servizio). In difetto di norma legislativa applicabile, il preavviso minimo è stabilito dal contratto collettivo, dagli usi, o dal giudice secondo equità.

Il secondo comma dell'art. 2118 c.c. stabilisce che «in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso». Vedremo, trattando del preavviso di licenziamento (§ 512), come in proposito prevalga nettamente in dottrina e giurisprudenza la tesi dell'«efficacia reale del preavviso», per la quale il rapporto di lavoro prosegue fino al termine anche quando il datore esoneri il lavoratore dalla prestazione e lo estrometta immediatamente dall'azienda. Se questa regola dovesse applicarsi anche in materia di dimissioni, ne conseguirebbe, per il lavoratore recedente, l'impossibilità di porre termine immediatamente al rapporto pagando l'indennità sostitutiva del preavviso: salvo esonero disposto dal contratto collettivo (14) o concesso dal datore, il prestatore sarebbe obbligato a mantenersi a sua disposizione e resterebbe vincolato agli obblighi di segreto e non concorrenza fino alla scadenza del termine, sotto pena di risarcimento del danno. La formulazione del secondo comma dell'art. 2118 induce però la dottrina prevalente a preferire la tesi secondo cui sul lavoratore recedente grava soltanto un onere, al cui inadempimento non può conseguire altro debito a suo carico, che quello dell'indennità sostitutiva (15): l'asimmetria dell'applicazione della norma nel caso del recesso del lavoratore corrisponde invero assai meglio all'esigenza di salvaguardia della sua libertà personale e professionale. Non mancano, però, pronunce nel senso di una rigorosa simmetria dell'applicazione della norma nel caso delle dimissioni rispetto a quello del licenziamento (16).

Si discute se la rinuncia del datore di lavoro al preavviso possa produrre l'effetto della risoluzione immediata del rapporto contro la volontà del lavoratore recedente. Mi sembra preferibile la risposta affermativa al quesito, salvo l'obbligo a carico del datore di corrispondere la retribuzione corrispondente al periodo di preavviso al quale egli rinuncia, a meno che da quest'ultimo obbligo egli sia esonerato da una specifica disposizione collettiva (17).

A norma dell'art. 2119 c.c. il preavviso non è dovuto quando le dimissioni siano rassegnate per giusta causa, intendendosi per tale la causa talmente grave da non consentire la prosecuzione neppure temporanea del rapporto. Secondo l'opinione che in materia di recesso del lavoratore sembra tuttora prevalere, opinione che trae argomento anche dal confronto tra la norma del codice civile e quella corrispondente contenuta in precedenza nella legge sull'impiego privato (18), il motivo del recesso in tronco del lavoratore può essere costituito non soltanto da un grave inadempimento della controparte (19), da sue pretese illegittime (20), ma anche da un grave impedimento personale dello stesso lavoratore all'adempimento della prestazione (21); e ora, in forza del quarto comma dell'art. 2112 c.c., anche da «una sostanziale modifica» delle condizioni di lavoro effettivamente verificatasi nelle condizioni di lavoro in conseguenza di un trasferimento di azienda o di ramo d'azienda (§ 549) (22). Vedremo invece a suo luogo (§ 518) come la nozione di giusta causa assuma un significato meno ampio in riferimento al recesso del datore di lavoro.

Un caso ricorrente di grave impedimento personale alla prestazione costituente giusta causa di dimissioni, sovente esplicitamente menzionato nei contratti collettivi, è quello del trasferimento unilaterale del lavoratore a una sede che gli imponga di spostare la residenza propria e della propria famiglia. Nel settore giornalistico, un caso particolare di giusta causa di recesso del lavoratore, questo pure previsto dal contratto collettivo nazionale, è costituito dal mutamento di orientamento politico della testata (23). È stato inoltre ritenuto legittimo il recesso del lavoratore senza preavviso in una situazione di sospensione del lavoro di lunga durata, con intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni (24).

Si discute se il lavoratore costretto a dimettersi in tronco a causa di un grave inadempimento del datore abbia diritto,

oltre che all'indennità sostitutiva del preavviso, anche al risarcimento del danno ulteriore eventualmente derivante dalla cessazione del rapporto, a norma dell'art. 1453 c.c., 1° c. (25). Una recente sentenza della Corte costituzionale ha sancito il diritto del lavoratore, che abbia rassegnato le dimissioni in tronco in una situazione di «non proseguibilità dell'accordo», al trattamento di disoccupazione fin dal primo giorno successivo, dovendo in tal caso considerarsi lo stato di disoccupazione come involontario, a norma dell'art. 38 Cost. (26).

La forma delle dimissioni — atto unilaterale recettizio (27) — è, in linea generale, del tutto libera, potendo dunque configurarsi anche il recesso tacito nel comportamento del lavoratore che si astenga dal lavoro per un periodo consistente omettendo di giustificare l'assenza. Alcuni contratti collettivi impongono la forma scritta delle dimissioni; e talvolta anche la necessità della comunicazione a mezzo di lettera raccomandata, al fine di subordinare l'efficacia dell'atto a un minimo di ponderazione da parte del lavoratore. Secondo l'orientamento prevalente, in difetto della forma convenzionale l'atto delle dimissioni è nullo (28); quando si aderisca a questo orientamento, il comportamento del lavoratore che manifesti la propria volontà di non proseguire il rapporto (ad esempio, l'astensione prolungata dal lavoro senza giustificazione), ma non la esprima nella forma prescritta dal contratto, non basta per determinarne la cessazione, rendendosi necessario a tal fine il licenziamento. Non mancano però sentenze secondo le quali il vincolo di forma previsto dal contratto collettivo non costituisce regola assoluta per l'efficacia del negozio, comportando soltanto un particolare rigore nell'accertamento dell'esistenza di un recesso orale (29).

A norma dell'art. 1, 3° c., della legge 9 gennaio 1963 n. 7, le dimissioni presentate dalla lavoratrice dalla data delle pubblicazioni matrimoniali fino a un anno dopo la celebrazione delle nozze sono nulle, «salvo che siano dalla medesima confermate entro un mese all'Ufficio del lavoro». La disposizione è prevalentemente interpretata come presunzione legale di non spontaneità e libertà dell'atto di recesso: così, è stato riconosciuto idoneo a consentire il superamento di tale presunzione il rifiuto opposto dalla lavoratrice all'invito del datore a riprendere servizio, dopo che la stessa si era dimessa senza confermare il recesso davanti all'Ufficio (30). Una disposizione analoga è contenuta nell'art. 55, c. 4°, del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 per la protezione della lavoratrice madre e del lavoratore padre, le cui dimissioni nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento devono però essere convalidate dall'ispettorato del lavoro competente per territorio (31) (non mi è dato comprendere la ragione d'essere della diversa attribuzione della competenza amministrativa nei due casi); la stessa norma pone eccezionalmente a carico del datore di lavoro l'obbligo dell'indennità sostitutiva del preavviso nei confronti del genitore recedente, equiparando così le sue dimissioni a quelle per giusta causa (§ 403). Si discute se la regola si applichi anche quando la lavoratrice non si dimetta affatto per accudire il neonato, bensì per avviare un nuovo rapporto con altro datore di lavoro (32).

Accade talvolta che il rapporto cessi senza che sia chiaro se a recedere sia il prestatore o il datore di lavoro. In tal caso l'onere della prova circa l'imputabilità del recesso a una delle parti grava sull'altra parte, la quale abbia interesse a impugnarlo, oppure a ricevere l'indennità sostitutiva del preavviso (33).

Le dimissioni, come si è già detto, sono un atto unilaterale recettizio, che dunque produce l'effetto risolutivo nel momento in cui viene ricevuto dal datore di lavoro, ma indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo. Il consenso del datore stesso è, viceversa, necessario perché produca effetto la revoca delle dimissioni da parte del lavoratore (34).

**496. Annullabilità delle dimissioni per incapacità o vizio del consenso. Il caso delle «dimissioni in bianco».** — Esclusa qualsiasi possibilità di impugnazione delle dimissioni per difetto di adeguato motivo — stante la assoluta insindacabilità della scelta in proposito compiuta dal lavoratore — ed esclusa altresì l'impugnabilità delle dimissioni ex art. 2113 (§ 558), cioè sotto il profilo della rinuncia a diritti nascenti da norme inderogabili di legge o contratto collettivo (poiché il diritto alla prosecuzione del rapporto è diritto eminentemente disponibile: v. § 495) (35), l'atto stesso può invece essere impugnato quando il lavoratore lo abbia compiuto in istato di incapacità di intendere o volere (36), oppure nel caso in cui esso sia stato determinato da errore riconoscibile da parte del datore, oppure da violenza (37) o dolo (artt. 1427-1446 c.c., dettati per i contratti ma pacificamente applicabili anche ai negozi unilaterali) (38). Il caso più frequente di annullabilità del recesso per errore riconoscibile è quello del lavoratore che si dimette perché convinto di avere raggiunto i requisiti per il pensionamento, quando il datore possieda tutti i dati necessari per potersi rendere conto che tali requisiti non sono stati in realtà raggiunti. Di annullabilità per violenza o dolo si tratta invece nel caso delle dimissioni rassegnate sotto la minaccia di un licenziamento ingiusto. In tal caso, la decisione dell'eventuale controversia deve fondarsi sulla valutazione circa la sussistenza o no del giustificato motivo o giusta causa di licenziamento, dalla quale dipende la validità o no delle dimissioni (39). Diversa, però, è la conseguenza dell'eventuale annullamento delle dimissioni rispetto all'annullamento del licenziamento, non applicandosi per le dimissioni la disciplina speciale del risarcimento applicabile al licenziamento ingiustificato, bensì la disciplina generale del risarcimento per colpa contrattuale (consistita nella minaccia del licenziamento illegittimo) (40): stante la natura costitutiva della sentenza di annullamento

delle dimissioni, infatti, prevale l'opinione che essa produca soltanto l'effetto della ricostituzione del rapporto di lavoro *ex nunc*, escludendosi pertanto che ne consegua il diritto del lavoratore al pagamento delle retribuzioni maturate *medio tempore* (41).

Si dà talvolta il caso in cui il datore fa sottoscrivere al lavoratore all'atto dell'assunzione o in costanza di rapporto un atto di dimissioni privo di data, riservandosi di completare il documento nel momento in cui egli ritenga di porre fine al rapporto. Giurisprudenza e dottrina hanno talora ritenuto l'atto annullabile (42) o nullo (43); in altri casi è stata ritenuta la radicale inesistenza del recesso del lavoratore e la qualificabilità della cessazione del rapporto in termini di licenziamento, nullo per difetto di forma (44). Quest'ultima mi sembra la qualificazione più corretta, poiché in questo caso il lavoratore non ha mai realmente inteso dimettersi e il documento, determinandosi il suo contenuto negoziale soltanto in seguito all'apposizione della data da parte del datore, costituisce evidentemente un falso (potrebbe parlarsi di nullità soltanto interpretandosi il negozio come clausola contrattuale di attribuzione al datore di una facoltà di libero recesso, in contrasto con la disciplina legislativa inderogabile della materia). La prova della falsificazione può essere data dal lavoratore, che agisca per far valere l'inesistenza dell'atto, mediante il deferimento del giuramento decisorio (art. 233 c.p.p.) al datore, il quale ben difficilmente si indurrà al giuramento falso: può infatti seguirne la denuncia in sede penale, sede nella quale il lavoratore potrà comparire come testimone per l'accusa.

**497. Limitazioni pattizie sostanziali della facoltà di recesso del lavoratore: clausola di durata minima e prolungamento del preavviso.** — La facoltà di recesso del lavoratore dal contratto a tempo indeterminato può essere limitata convenzionalmente in vari modi, dei quali i più diffusi sono costituiti dalla clausola di durata minima del rapporto e da quella di prolungamento del preavviso.

Se la regola legislativa della piena libertà di recesso del lavoratore *ex art.* 2118 c.c. dovesse considerarsi come inderogabile *in pejus*, potrebbe dubitarsi della legittimità di queste pattuizioni — salvo il caso della clausola di durata minima del periodo di prova, espressamente previsto dalla legge (§ 499) —, sotto il profilo della sostituzione di quella regola con una pattuizione meno favorevole per il lavoratore; e il dubbio, a stretto rigore, non potrebbe considerarsi superato neppure quando la clausola stabilisca un obbligo simmetrico per entrambe le parti, poiché — al di fuori del periodo di prova — l'asimmetria fra la disciplina legislativa o collettiva del recesso del datore e quella del recesso del lavoratore fa sì che il sacrificio imposto al lavoratore con l'inibizione temporanea sia più grave di quello imposto al datore di lavoro. Giurisprudenza e dottrina sono però da sempre univoche nell'attribuire carattere pienamente disponibile alla libertà di recesso del lavoratore: donde la validità delle clausole contenenti un vincolo bilaterale di durata minima o di prolungamento del preavviso (45), per le quali non si ritiene neppure necessaria la forma scritta (46). Quanto alle clausole contenenti un vincolo soltanto per il recesso del lavoratore, mi sembra tuttavia preferibile la tesi che ne condiziona la validità alla previsione di un congruo compenso per quest'ultimo, in analogia con quanto disposto dall'art. 2125 c.c. (§ 469).

Quando il lavoratore receda indebitamente *ante tempus*, in violazione della clausola di durata minima, egli è tenuto a risarcire il danno che ne derivi al datore (47), nonché l'eventuale penale pattuita (salva la sua eventuale riduzione a equità, a norma dell'art. 1384 c.c.). Quando invece il lavoratore receda *ante tempus* per giusta causa da un contratto con clausola di durata minima, egli ha diritto al risarcimento del danno corrispondente alla mancata prosecuzione del rapporto per il periodo minimo pattuito, dedotto l'*aliunde perceptum* (48).

**498. La risoluzione consensuale.** — La risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, non prevista espressamente dalla legge (49) ma pacificamente considerata come negozio in sé del tutto lecito e non soggetto ad alcuna limitazione, né sostanziale né formale (50), si distingue dalle dimissioni (§ 495) non soltanto per la natura pattizia del negozio, ma anche per i suoi effetti, dal momento che essa non genera alcun diritto al preavviso o all'indennità sostitutiva, né in capo al datore né in capo al prestatore di lavoro (51).

Cioè non toglie che la pattuizione possa stabilire una ragionevole dilazione dell'effetto risolutivo. È ben vero che in questo modo la risoluzione consensuale finisce col produrre esattamente lo stesso effetto della conversione di un rapporto a tempo indeterminato in rapporto a termine, pacificamente considerata nulla per violazione della regola per cui l'apposizione del termine deve essere contestuale alla stipulazione del contratto di lavoro (§ 501); ma quando il differimento dell'effetto risolutivo non superi la durata del preavviso di dimissioni, la pattuizione deve considerarsi sicuramente legittima, poiché gli stessi suoi effetti potrebbero essere legittimamente prodotti dal recesso del lavoratore, protetto — come si è visto (§ 495) — da una insindacabilità assoluta.

L'assenza di qualsiasi requisito di forma per la validità della risoluzione consensuale fa sì che nulla osti alla validità ed efficacia di una risoluzione tacita, per fatti concludenti di entrambe le parti (52).

La risoluzione consensuale, al pari delle dimissioni, non configura rinuncia a diritti posti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo: l'atto, pertanto, quando non contenga clausole dismissive di diritti specifici del lavoratore, è

inoppugnabile sotto il profilo del contenuto dismissivo, anche se stipulato in sedi diverse da quelle previste dall'art. 410 c.p.c. per l'inoppugnabilità delle rinunce e transazioni (§ 559). Sono invece, ovviamente, applicabili alla risoluzione consensuale gli stessi criteri di annullabilità per vizi del consenso — errore, violenza o dolo — di cui si è detto in riferimento alle dimissioni (§ 496) (53).

### Sezione III

#### **Patto di prova e contratto a termine**

Sommario: 499. Il patto di prova. — 500. Il contratto a termine. Evoluzione della disciplina, dalle origini alla stagione del «garantismo flessibile». — 501. La direttiva comunitaria n. 70/1999 e la riforma che ne è seguita nell'ordinamento italiano. — 502. I motivi per i quali è consentita la stipulazione del contratto a termine, secondo l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001. — 503. La questione dell'onere della prova circa la giustificazione dell'apposizione del termine. — 504. Abolizione delle possibilità di deroga ai limiti legislativi mediante provvedimento amministrativo o contratto collettivo. Gli spazi residui della contrattazione collettiva: contingentamento dei contratti a termine, diritti di precedenza e obblighi di informazione a carico del datore. — 505. I casi in cui l'apposizione del termine è libera o è preventivamente giustificata dalla legge. Il contratto a termine nel lavoro nautico. — 506. I casi in cui il contratto a termine è vietato esplicitamente. — 507. Forma dell'apposizione del termine. — 508. Trattamento del lavoratore assunto a termine e limiti della sua computabilità nell'organico aziendale. — 509. Proroga del termine e successione di contratti a tempo determinato. — 510. Effetti della pattuizione del termine sulla facoltà di recesso delle parti. Il caso della malattia e gli altri casi di sospensione della prestazione. — 511. Effetti dell'invalidità dell'apposizione del termine.

**499. Il patto di prova.** — Fin da quando, con la legge sull'impiego privato del 1924, sono state introdotte le prime limitazioni di carattere generale alla facoltà di recesso del datore di lavoro (con l'imposizione del preavviso di licenziamento — § 512 — e dell'indennità di fine rapporto — § 260), la legge stessa ha attribuito alle parti la facoltà di escludere l'applicabilità di tali limitazioni per un primo periodo del rapporto, durante il quale il datore potesse sperimentare le qualità del prestatore di lavoro, ma anche quest'ultimo potesse sperimentare le caratteristiche del posto di lavoro, liberi entrambi di recedere senza vincoli od oneri di alcun genere in caso di valutazione negativa dell'esperimento (54).

L'art. 2 del r.d.l. n. 1825/1924 stabilisce che il periodo di prova — il quale deve «risultare da atto scritto» — non possa superare i sei mesi per «gli institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti»; tre mesi «per tutte le altre categorie di impiegati».

L'art. 2096 c.c. ha generalizzato l'imposizione della forma scritta, «salva diversa disposizione delle norme corporative»: requisito che, dopo qualche iniziale incertezza, secondo un orientamento ormai consolidato deve considerarsi posto *ad substantiam* (55). Prevale l'orientamento nel senso di ritenere, per un verso, derogabile il requisito di forma anche ad opera della contrattazione collettiva post-corporativa (56) e comunque non necessaria la sottoscrizione specifica da parte del lavoratore a norma dell'art. 1341 c.c. (57); per altro verso, invece, una parte della giurisprudenza ritiene necessario che il patto di prova specifici — anche in forma orale, secondo alcune sentenze — le mansioni che costituiranno oggetto dell'esperimento (58). Va da sé che l'esperimento deve poi svolgersi con adibizione del lavoratore alle mansioni concordate, o a mansioni equivalenti *ex art.* 2103 c.c., non potendo l'eventuale esito negativo riguardare lo svolgimento di mansioni diverse (59).

L'art. 2096 c.c. non ha invece stabilito limiti di durata del periodo di prova, dovendo pertanto ritenersi applicabili a tutti i rapporti di lavoro i limiti fissati dalla legge del 1924, salvo che un termine più ridotto sia previsto dal contratto. Si registra qualche sentenza nel senso della legittimità della pattuizione, anche individuale, di una durata del periodo di prova maggiore rispetto al termine fissato dalla legge (o dal contratto collettivo applicabile), quando ne sussistano ragioni specifiche, quali la particolare complessità delle mansioni contrattuali, e il giudice ravvisi anche un interesse positivo del lavoratore alla maggiore durata dell'esperimento (60). Appare tuttavia invalicabile il limite generale dei sei mesi posto dall'art. 10 della legge 15 luglio 1966 n. 604 (61).

Lo stesso art. 2096 pone un limite temporaneo alla libertà di recesso delle parti durante la prova, stabilendo che «l'imprenditore e il prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto» (secondo comma): la facoltà di recesso non può pertanto essere esercitata se non dopo che la prestazione lavorativa abbia avuto lo svolgimento minimo ragionevolmente necessario per la valutazione dell'esito dell'esperimento, da una parte e dall'altra, avvicinandosi così il patto di prova — ma, certo, non assimilandosi del tutto — a una sorta di clausola di durata minima (§ 497) (62). Il terzo comma prevede inoltre la possibilità che la durata di tale periodo minimo sia validamente pattuita dalle parti. Esclusa l'applicabilità dell'apparato sanzionatorio generale in materia di licenziamento illegittimo (§§ 522-527), il recesso *ante tempus* genera, per giurisprudenza consolidata, a carico della parte indebitamente recedente l'obbligo di risarcire l'altra della perdita di retribuzione e contribuzione

previdenziale per il periodo residuo fino al termine del periodo di prova; la modesta entità di tale periodo consente, in linea generale, di escludere che l'inadempimento possa generare anche un apprezzabile danno professionale (§ 297). Decorso il periodo minimo di cui si è detto, e prima della scadenza del termine (63), ciascuna delle parti può recedere dal rapporto anche in forma orale (64), senza onere di preavviso o indennità sostitutiva e senza necessità di motivazione alcuna (65). Vige tuttavia anche durante il periodo di prova il divieto di licenziamento dettato da motivi illeciti, quali la rappresaglia antisindacale (§§ 51 e 61) o la discriminazione di genere, razza, ecc. (§ 166): nel caso assai raro in cui il lavoratore riesca a dimostrare che tale sia stato il motivo determinante del licenziamento, questo deve essere dichiarato nullo (§§ 167 e 514) (66).

Prevale l'opinione favorevole all'ammissibilità del patto di prova anche quando il lavoratore abbia frequentato con esito positivo un corso di formazione o uno *stage* di inserimento al lavoro presso l'azienda (§ 33), nonché alla conciliabilità del patto di prova con il contratto di formazione e lavoro (§ 34) (67). Non è, però, ammissibile il patto di prova stipulato nel momento in cui il contratto di formazione e lavoro viene convertito in contratto di lavoro ordinario, poiché il rapporto intercorso tra le parti può e deve considerarsi del tutto idoneo ai fini della reciproca sperimentazione fra di esse. Per lo stesso motivo deve considerarsi illegittimo il patto di prova stipulato con il lavoratore assunto dall'impresa utilizzatrice al termine del periodo durante il quale lo stesso lavoratore è stato «prestato» alla stessa da un'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo (§ 143), salvo che la missione abbia avuto durata inferiore rispetto alla durata massima del periodo di prova, oppure abbia avuto per oggetto mansioni diverse da quelle per le quali egli viene assunto (68).

È pacifica anche l'ammissibilità dell'assunzione in prova del lavoratore assunto a termine (§§ 500-511). E dopo una sentenza delle Sezioni Unite del 1979 si è del tutto consolidato l'orientamento favorevole all'ammissibilità dell'assunzione in prova del disabile avviato presso l'azienda in regime di collocamento obbligatorio (§§ 40-47) (69). In quest'ultimo caso, però si applica al recesso del datore una regola particolare di fonte esclusivamente giurisprudenziale: il licenziamento è legittimo soltanto se non è determinato dalla menomazione sulla quale si basa il diritto del lavoratore all'avviamento privilegiato (70); si registra però qualche incertezza sulla ripartizione dell'onere della prova in proposito (71).

Si è lungamente discusso in passato se il decorso del periodo di prova resti sospeso o no in caso di sospensione della prestazione lavorativa per impedimento del lavoratore, quale la malattia o l'infortunio (72) (§§ 380-399), e se in tale periodo operi o no l'inibizione generale del licenziamento; in proposito sembra prevalere oggi in dottrina e giurisprudenza la tesi secondo cui in quel periodo il divieto di licenziamento si applica anche nel rapporto in prova e il termine della prova non decorre durante la sospensione, riprendendo a decorrere soltanto dalla ripresa del lavoro (73); ma su questo punto non mancano le pronunce di segno contrario (74).

Si è pure discusso se il lavoratore che si ammala durante il periodo di prova abbia diritto al trattamento economico di malattia (§ 388), prevalendo anche su questo punto l'orientamento più favorevole al lavoratore (75). Soluzione, questa, pienamente condivisibile, poiché il patto di prova incide soltanto sulla facoltà di recesso delle parti, liberandola da ogni vincolo formale e sostanziale (salvo il divieto del licenziamento per motivi illeciti), ma non incide su alcun altro aspetto del rapporto. Durante la prova il lavoratore gode dunque di tutti i diritti retributivi e le protezioni di cui gode il lavoratore non in prova, ivi compresi il diritto al maturare di ogni forma di retribuzione differita e in particolare all'accantonamento del trattamento di fine rapporto e al suo pagamento (§§ 260-263), anche nel caso di recesso durante il periodo di prova (76), nonché il diritto alle ferie annuali (§§ 343-348).

**500. Il contratto a termine. Evoluzione della disciplina, dalle origini alla stagione del «garantismo flessibile».** — Nei primi due decenni dell'epoca post-corporativa il contratto di lavoro a tempo determinato — intendendosi per tale quello la cui data di cessazione è predeterminata dalle parti fin dalla sua costituzione — era disciplinato soltanto dall'art. 2097 c.c., che indicava l'apposizione del termine come clausola estranea all'assetto normale del rapporto e imponeva la forma scritta per la sua stipulazione (c. 1°: «Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto»), limitando a cinque anni il suo effetto di inibizione della facoltà di dimettersi per operai e impiegati, a dieci anni per i dirigenti (c. 4°), e vietando tale clausola soltanto se apposta «per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato» (c. 2°) (77).

La norma esplicitava dunque fin da allora il *favor* dell'ordinamento per il contratto a tempo indeterminato (78) e il nesso logico intercorrente tra la limitazione del contratto a termine e la limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro (§ 492): limitazione che — come vedremo meglio a suo luogo (§ 513) — lo stesso codice civile disponeva, sia pure in forma assai blanda, con la generalizzazione dell'onere del preavviso di licenziamento (art. 2118) e del pagamento di un'indennità proporzionata all'anzianità del lavoratore nel caso di licenziamento non motivato da colpa del lavoratore (art. 2120).

Quando, all'inizio degli anni '60, il legislatore pose mano al disegno di rafforzamento della protezione della stabilità del posto di lavoro, il primo atto della riforma consistette nella drastica riduzione della possibilità di assunzione del lavoratore a tempo determinato, che precedette soltanto di pochi anni la prima legge sui licenziamenti. L'operazione fu compiuta con la legge 18 aprile 1962 n. 230, che stabiliva tassativamente i casi nei quali era consentito apporre un termine al contratto: lavori a carattere stagionale (ivi compresi i servizi aerei nel periodo estivo), sostituzione di



lavoratori assenti, esecuzione di lavori a carattere straordinario od occasionale, lavorazioni a fasi successive per ciascuna delle quali si richiedessero maestranze diverse, assunzioni riferite a spettacoli o programmi radiofonici o televisivi (art. 1, c. 2°), assunzione di dirigenti (art. 4) e di salariati nel settore agricolo (art. 6). Veniva inoltre ribadita la necessità della forma scritta per l'apposizione del termine (art. 1, cc. 3° e 4°), ma non per la giustificazione del termine stesso (79); veniva disciplinata la proroga consensuale del termine (art. 2), estesa al lavoratore a termine l'applicazione della disciplina delle ferie e la garanzia della parità di trattamento rispetto ai lavoratori stabili in riferimento a tutti gli altri istituti retributivi, salva la riduzione in proporzione alla durata del rapporto (art. 5). Ne risultava una disciplina fortemente restrittiva, il cui rigore venne poi accentuato, soprattutto nel corso degli anni '70, da una giurisprudenza molto severa e ulteriormente restrittiva.

Nella seconda metà degli anni '70, uno dei primi provvedimenti della nuova fase della nostra legislazione giuslavoristica, che va sotto il nome del «garantismo flessibile», consistette nel consentire che gli ispettori del lavoro autorizzassero deroghe al divieto del contratto a termine nei settori del commercio e del turismo (d.l. 3 dicembre 1977 n. 876, convertito nella l. 3 febbraio 1978 n. 18); qualche anno dopo questa disposizione venne estesa a tutti i settori (art. 8-bis inserito nel d.l. 29 gennaio 1983 n. 17 dalla legge di conversione 25 marzo 1983 n. 79). La facoltà di derogare al divieto venne poi attribuita anche alla contrattazione collettiva, con l'art. 23 della legge 28 febbraio 1987 n. 56.

A ulteriore temperamento della severità della giurisprudenza in questa materia, l'art. 12 della legge 24 giugno 1997 n. 196 intervenne infine a regolare gli effetti del protrarsi della prestazione lavorativa oltre il termine originariamente pattuito dalle parti, comminando la sanzione della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato soltanto per il caso della protrazione superiore ai venti giorni (trenta per i rapporti di durata superiore al semestre) e attribuendo al lavoratore negli altri casi soltanto una maggiorazione retributiva progressiva (80).

**501.** *La direttiva comunitaria n. 70/1999 e la riforma che ne è seguita nell'ordinamento italiano.* — La direttiva 28 giugno 1999 n. 70, che recepisce l'accordo stipulato dalle organizzazioni sindacali europee il 18 marzo dello stesso anno, impone agli Stati membri di garantire ai lavoratori a termine la parità di trattamento rispetto a quelli stabili, salvo il proporzionamento dei trattamenti economici alla durata del rapporto (art. 4), e di impedire che le garanzie di stabilità possano essere eluse mediante la stipulazione in sequenza di contratti a tempo determinato, salvo che tale successione di contratti precari abbia una oggettiva giustificazione; la legislazione nazionale deve inoltre stabilire una «durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi» (art. 5). La stessa direttiva prevede altresì che ai lavoratori venga attribuito il diritto a essere informati sui posti vacanti che si rendano disponibili nell'impresa o stabilimento, «in modo da garantire loro le stesse possibilità di ottenere posti duraturi che hanno gli altri lavoratori» (art. 6) (81).

L'ultima menzionata era la sola disposizione che avrebbe richiesto un intervento legislativo per l'adeguamento del nostro ordinamento nazionale, dal momento che la durata massima complessiva dei rapporti a termine in sequenza risultava già implicitamente ma efficacemente limitata dalla severa disciplina vigente al momento dell'emanazione della direttiva (82). Questa è stata invece assunta come occasione per una rinegoziazione radicale della disciplina della materia tra associazioni imprenditoriali e sindacali, sfociata il 28 aprile 2001 in un accordo sui contenuti della riforma tra la Confindustria e le sole confederazioni Cisl e Uil, rifiutato invece dalla Cgil (83).

All'inizio della XIV legislatura il Governo ha esercitato la delega conferitagli dalla «legge comunitaria» 29 dicembre 2000 n. 422, recependo le indicazioni contenute nell'accordo interconfederale del 28 aprile mediante il decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368, integralmente sostitutivo della disciplina precedente sulla materia: tutte le norme citate nel paragrafo precedente sono abrogate esplicitamente dall'art. 11 (84).

L'intendimento della riforma è dichiaratamente quello di facilitare il più possibile il ricorso al contratto a termine come strumento di flessibilità nell'organizzazione aziendale, in un contesto politico-sindacale nel quale una parte delle confederazioni sindacali è disponibile per questa operazione, mentre si registra una persistente e netta opposizione dell'intero schieramento sindacale contro qualsiasi modifica alla disciplina limitativa del licenziamento. L'opzione dell'allentamento del vincolo sui contratti a termine ha, sì, il difetto di accentuare la separazione, nel tessuto produttivo, tra la categoria dei lavoratori stabili e quella dei precari; ma presenta il vantaggio politico di incentivare nuove assunzioni meno «impegnative» per le imprese, senza diminuire la stabilità dei lavoratori già in attività: e, del resto, la stessa scelta che nei due decenni passati è stata fatta con le larghe aperture legislative in materia di contratti di formazione e lavoro, la cui appetibilità per le imprese era data, oltre che dagli sgravi contributivi, anche e soprattutto dalla loro natura di contratti a termine (§ 34). Senonché la tecnica normativa adottata rischia di produrre effetti poco coerenti con l'obiettivo perseguito (85).

**502.** *I motivi per i quali è consentita la stipulazione del contratto a termine, secondo l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001.* — A norma dell'art. 1 del decreto, «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (per il lavoro stagionale nel settore del

trasporto aereo dispone invece l'art. 2, riproducendo integralmente e senza modifiche le disposizioni contenute nell'art. 1 della legge n. 230/1962, lett. f). Con questa disposizione, il legislatore del 2001 sostituisce alla tecnica normativa adottata dal legislatore del 1962, consistente nell'elencazione tassativa dei casi in cui il contratto a termine è consentito, la tecnica della «clausola generale»: più precisamente, pone una sorta di regola del «giustificato motivo» di apposizione del termine, che lascia al giudice una amplissima discrezionalità nella valutazione circa la sussistenza o no della motivazione idonea in ciascun caso concreto, in sostanziale analogia con la disciplina del licenziamento individuale (§ 516) e del trasferimento (§ 298) (86). L'indicazione delle «ragioni» che possono legittimare il contratto a termine secondo la nuova norma è, certo, espressa in un linguaggio più generico, meno stringente e preciso rispetto alla norma previgente (87); ma essa non può assumere altro significato giuridicamente apprezzabile se non quello di una sindacabilità giudiziale dei motivi sui quali si fonda l'apposizione del termine (88). Spetta ora al giudice attribuire un significato più preciso alle singole espressioni usate dal legislatore: stabilire, cioè, quali siano le ragioni «di carattere tecnico», «produttivo», «organizzativo» o «sostitutivo» idonee a giustificare una valida predeterminazione negoziale della durata del rapporto, che in precedenza erano individuate dalla legge, o dalla contrattazione collettiva (adesso a questa compete soltanto di determinare il contingimento dei rapporti di lavoro a termine rispetto agli organici aziendali: § 504). E il contratto a termine — lungi dal diventare un nuovo schema di rapporto di lavoro «normale» a fianco del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, suscettibile di essere scelto liberamente dalle parti — «mantiene una collocazione speciale», soggetta a controllo giudiziale (89).

Deve considerarsi pacifica, innanzitutto, la legittimità della stipulazione del contratto a termine in tutti i casi nei quali essa era legittima in base alla legislazione previgente: se infatti un legislatore sicuramente più severo e restrittivo dell'attuale in questa materia aveva ritenuto di dover consentire l'apposizione del termine in quei casi, non si vede davvero come una valutazione negativa sugli stessi casi possa essere data dal giudice nel quadro della nuova disciplina (90).

Un caso ulteriore nel quale il contratto a termine può considerarsi senz'altro giustificato, sulla base di una sorta di interpretazione autentica dell'art. 1 desumibile dal settimo comma, lettera a, dell'art. 10 del decreto, è quello dell'«avvio di nuove attività» imprenditoriali, cioè del cosiddetto *start up*, «per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici». Alcuni casi, aggiuntivi rispetto alla previsione dell'art. 1, di contratto a termine legittimo sono individuati in articoli successivi del decreto: torneremo su di essi nel § 505.

Ferma la legittimità del contratto a termine nei casi anzidetti, la formulazione della clausola generale contenuta nell'art. 1 appare compatibile con tre possibili letture. La prima è quella che individua il giustificato motivo di apposizione del termine con il giustificato motivo di licenziamento alla scadenza del termine: l'apposizione del termine è legittima se è prevedibile che a quella data sussisterà altrimenti un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (91). Poiché, come vedremo a suo luogo (§ 516), il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste sostanzialmente non in una perdita attesa *qualsiasi*, ma in una perdita attesa superiore a una determinata soglia, questa prima lettura dell'art. 1 avrebbe come conseguenza l'illegittimità dell'apposizione del termine in tutti i casi in cui la perdita attesa dalla prosecuzione ulteriore del rapporto sia inferiore a quella soglia: risultato interpretativo, questo, che si pone in netto contrasto con l'intendimento dichiarato del legislatore.

Il contrasto con l'intendimento dichiarato del legislatore si riduce se la norma viene letta in questo modo: la pattuizione del termine è legittima in tutti i casi nei quali, al momento della costituzione del rapporto, è *ragionevolmente prevedibile* che la prosecuzione del rapporto stesso oltre il termine produca una *qualsiasi* perdita per l'azienda.

È infine compatibile con il tenore letterale della norma una terza sua interpretazione, ancora più «liberista», nella quale alla ragionevole prevedibilità della prosecuzione del rapporto in perdita si sostituisce l'*incertezza superiore al normale circa la redditività* della prosecuzione stessa: la pattuizione del termine è legittima in tutti i casi nei quali al momento della costituzione del rapporto la redditività della prosecuzione del rapporto oltre il termine è soggetta a *incertezza maggiore rispetto a quella normalmente propria di un rapporto di lavoro qualsiasi* a tempo indeterminato.

Quest'ultima è — a mio avviso — fra le tre indicate l'interpretazione giuridicamente preferibile, in quanto è la più vicina all'intendimento liberalizzatore del legislatore. Va detto, tuttavia, a questo proposito, che quando anche questa sia l'interpretazione destinata a prevalere nella nostra giurisprudenza, resterà pur sempre un largo margine di ... incertezza circa il grado di incertezza della redditività futura del rapporto che il singolo giudice riterrà necessario ai fini della legittimità dell'apposizione del termine. E poiché la possibile soccombenza anche in un solo grado dell'eventuale giudizio, con la conseguente reintegrazione anche solo temporanea del lavoratore nel posto di lavoro, comporta per l'azienda costi sproporzionati rispetto al valore del contratto a termine, è facile prevedere che quell'alea avrà un effetto restrittivo assai rilevante sulla diffusione di questo tipo di contratto (92).

Un caso in cui l'incertezza circa la redditività futura del rapporto di lavoro per il datore di lavoro è maggiore rispetto al normale è quello dell'assunzione del giovane al suo primo impiego, o comunque del lavoratore privo di esperienza specifica nelle mansioni contrattuali (i dati disponibili dicono che di fatto il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia — §§ 139-144 — avviene oggi all'incirca nella metà dei casi al fine di sperimentare il lavoratore in vista di una sua possibile assunzione definitiva) (93): sulla base della lettura della nuova norma sopra proposta, potrebbe dunque sostenersi che in questi casi il contratto a termine sia sempre consentito. A questa tesi potrebbe obiettarsi che in tal modo verrebbe a essere elusa la disciplina limitativa del patto di prova; ma a questa obiezione potrebbe replicarsi che il contratto a tempo determinato offre al lavoratore una posizione più sicura rispetto a quella che gli è offerta dal patto di prova, durante il quale egli può essere licenziato anche prima della scadenza del termine (§ 510). Sul piano pratico,

comunque, l'assunzione a termine del giovane al primo impiego è sempre possibile mediante il contratto di formazione e lavoro (§ 34), che di fatto nell'ultimo ventennio ha diffusamente sostituito il patto di prova in un gran numero di casi. Non dovrebbe, almeno in linea teorica, sorgere alcun dubbio circa la legittimità del contratto a termine in tutti i casi in cui l'attività a cui esso si riferisce abbia carattere stagionale, non essendo più necessario che, come nel regime previgente, tale carattere sia sancito da una norma regolamentare. Continueranno a porsi, tuttavia, problemi pratici di non facile soluzione nell'ampia zona di confine tra le attività stagionali e quelle che subiscono qualche interruzione ogni anno, di durata superiore rispetto al limite minimo assoluto dei venti giorni posto dal terzo comma dell'art. 5 (§ 509). Così, ad esempio, una rilevante incertezza graverà sul contratto a termine stipulato reiteratamente, di anno in anno, con insegnanti impegnati per i soli nove o dieci mesi di attività scolastica, per i quali è utilizzabile un contratto a tempo parziale «verticale» (§ 351) che preveda nove o dieci mesi di lavoro e due o tre di sospensione dell'attività (94).

Il d.lgs. n. 368/2001 non contiene alcuna disposizione in materia di assunzione a termine nel settore pubblico. Dispone in proposito l'art. 36, 1° c., del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che ammette il ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche alle «forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa», salvo il «rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale» di cui all'articolo precedente, che impone l'applicazione di procedure selettive o graduatorie pubbliche, in ossequio al principio generale di cui all'art. 97 Cost., 3° c. Lo stesso vincolo impedisce che l'irregolarità formale o sostanziale dell'assunzione a termine possa dare luogo a conversione della stessa in contratto a tempo indeterminato (95).

**503.** *La questione dell'onere della prova circa la giustificazione dell'apposizione del termine.* — Mentre la legge del 1962 imponeva esplicitamente al datore di lavoro l'onere della prova «relativa all'obiettiva esistenza delle condizioni che giustificano sia l'apposizione di un termine al contratto di lavoro sia l'eventuale temporanea proroga del termine stesso» (art. 3), la nuova legge dispone in questo senso (art. 4, 2° c.), soltanto per ciò che riguarda la giustificazione della proroga (§ 509): su di un piano teorico astratto deve pertanto ritenersi — pur registrandosi perplessità e potendosi prevedere dibattiti dottrinali accesi in proposito (96) — che, in riferimento al primo contratto, gravi ora sul lavoratore, quando sia lui ad agire in giudizio per la dichiarazione di nullità del termine, l'onere della prova dell'inesistenza delle ragioni giustificative indicate dal datore di lavoro. Questo mutamento della disciplina processuale della materia non sembra, tuttavia, destinato a produrre effetti rilevanti sul piano pratico, poiché era prassi forense consolidata anche nel regime previgente quella di dedurre prova già nel ricorso introduttivo del giudizio circa la non corrispondenza al vero della giustificazione del termine indicata dal datore nel contratto; e, per converso, è difficilmente immaginabile che il datore stesso possa veder riconosciuta la validità del termine pattuito senza che la relativa ragione giustificatrice sia emersa in giudizio, almeno come oggetto di presunzione semplice.

**504.** *Abolizione delle possibilità di deroga ai limiti legislativi mediante provvedimento amministrativo o contratto collettivo. Gli spazi residui della contrattazione collettiva: contingentamento dei contratti a termine, diritti di precedenza e obblighi di informazione a carico del datore.* — La nuova legge abroga tutte le norme emanate tra il 1977 e il 1987, nel c.d. periodo del «garantismo flessibile», per l'attenuazione della rigidità del divieto del 1962 (§ 500): ne risulta soppressa ogni possibilità di eliminazione dell'incertezza degli spazi per il contratto a termine, mediante provvedimento dell'ispettorato del lavoro o contrattazione collettiva, nonché ogni possibilità di allargamento di tali spazi in relazione alle condizioni soggettive del lavoratore (le pattuizioni collettive in questa materia, tendenti a facilitare l'inserimento nel tessuto produttivo di giovani, anziani, disoccupati di lunga durata, altri portatori di handicap sociale come i pregiudicati, ex-tossicodipendenti, immigrati extracomunitari, ecc., restano in vigore fino alla rispettiva scadenza) (97).

La disposizione contenente l'abrogazione di queste norme (art. 11) era stata inserita nel disegno governativo originario come logica operazione di «pulizia» del quadro normativo, in un contesto nel quale nessun limite era posto dall'art. 1 alla stipulazione del contratto a termine: le possibilità di deroga ai limiti legislativi non avrebbero più avuto alcun senso dopo l'abrogazione totale dei limiti stessi. Poi, però, con la modifica dell'art. 1 disposta prima del varo del decreto legislativo, la limitazione della possibilità di ricorso al contratto a termine è stata reintrodotta, sia pure con una tecnica normativa diversa rispetto al passato (§ 502); mentre è stata conservata improvvidamente l'abrogazione totale delle possibilità di deroga, abrogazione che rischia pertanto, paradossalmente, di rendere la nuova disciplina legislativa addirittura più restrittiva della precedente, eliminando i rilevanti aspetti di flessibilità controllata sul piano amministrativo o sindacale dai quali quella era temperata.

Alla contrattazione collettiva la nuova legge affida ora soltanto l'«individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato»: possono validamente disporre in questo senso i «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi» (art.

10, 7° c.). La norma prosegue esentando dal contingentamento eventualmente disposto in sede collettiva le attività imprenditoriali nuove, le attività che subiscono intensificazione in determinati periodi dell'anno, le attività del settore dello spettacolo, i contratti stipulati al termine di periodi di *stage* o di tirocinio, o con lavoratori ultracinquantacinquenni, oppure ancora «per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale». Vengono inoltre esentati dal contingentamento i contratti a termine «di durata non superiore ai 7 mesi, compresa la eventuale proroga» (8° c.) (98).

La legge affida parimenti alla contrattazione collettiva ad opera dei sindacati comparativamente più rappresentativi l'«individuazione di un diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica»; ma questo soltanto «a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato per le ipotesi già previste dall'articolo 23, comma 2°, della legge 28 febbraio 1987 n. 56» (art. 10, c. 9°), norma che a sua volta fa rinvio alle deroghe disposte dall'ispettorato a norma del d.l. n. 17/1983 (§ 500). Il diritto di precedenza in questione deve essere esercitato dal lavoratore mediante richiesta al datore di lavoro entro tre mesi dalla cessazione del contratto a termine; e produce effetto soltanto entro un anno (c. 10°).

Alla contrattazione collettiva ad opera dei sindacati comparativamente più rappresentativi spetta inoltre, a norma dell'art. 9, di promuovere la parità di opportunità per i lavoratori con contratto a termine rispetto a quelli stabili nell'accesso ai posti vacanti nell'organico aziendale, mediante opportuna informazione; e di disciplinare l'informazione dovuta dai datori di lavoro alle rispettive rappresentanze dei lavoratori sugli aspetti quantitativi e qualitativi del ricorso al contratto a termine (un obbligo di informazione nei confronti delle organizzazioni sindacali provinciali di categoria è esplicitamente previsto dall'ultima proposizione dell'art. 2 in riferimento al settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali; non mi è chiara la ragion d'essere della peculiarità della disposizione, applicabile a questo solo settore).

**505.** *I casi in cui l'apposizione del termine è libera o è preventivamente giustificata dalla legge. Il contratto a termine nel lavoro nautico.* — A norma del primo comma dell'art. 10 sono esclusi dal campo di applicazione della legge, in quanto oggetto di disciplina legislativa a se' stante, alcuni tipi speciali di contratto a termine: i contratti di lavoro temporaneo tramite agenzia (§§ 141-143), i contratti di apprendistato e di formazione e lavoro (§ 34), i contratti di sola formazione e gli *stages* (§ 33) (99).

Il secondo comma dello stesso articolo conferma l'esclusione dalla disciplina generale del contratto a termine dei rapporti di lavoro a tempo determinato nel settore agricolo (100).

Il terzo comma consente, e al tempo stesso esclude dal campo di applicazione della legge, i contratti di lavoro di durata non superiore a tre giorni nei settori del turismo e dei pubblici servizi, in quanto previsti dai contratti collettivi stipulati, al livello locale o a quello nazionale, dai sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale (101).

Il quarto comma riproduce la disposizione in precedenza contenuta nell'art. 4 della legge n. 230/1962, consentendo l'assunzione con contratto a termine del dirigente, con l'unico limite dei cinque anni di durata massima del rapporto e della facoltà comunque, per il lavoratore, di recesso con preavviso dopo il compimento del triennio. A questo rapporto non si applica la disciplina generale del contratto a termine, salvo soltanto il principio di parità di trattamento rispetto ai lavoratori stabili (§ 508).

Il quinto comma introduce invece una esclusione del tutto inedita: la legge non si applica alle «aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione e all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli».

Il sesto comma conferma la permanenza in vigore dell'art. 8, c. 2°, della legge 23 luglio 1991 n. 223, che consente l'assunzione a termine dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (§ 545) (102); dell'art. 10 della legge 8 marzo 2000 n. 53, ora sostituito dall'art. 4 del testo unico emanato col d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151, relativo alla sostituzione con contratto a termine di lavoratori e lavoratrici in aspettativa per motivi familiari a norma dello stesso decreto (§§ 404-405); dell'art. 75 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 (finanziaria 2001), in materia di contratto a termine per i lavoratori che posticipano il pensionamento di anzianità.

L'art. 2 del decreto — riproducendo in modo quasi identico una disposizione contenuta nella legge previgente (103), ma così discostandosi dalla tecnica normativa adottata nell'art. 1 e al tempo stesso contraddicendo la tesi governativa secondo la quale l'art. 1 legittimerebbe il contratto a termine senza vincoli sostanziali (104) — definisce un caso nel quale l'apposizione del termine è preventivamente autorizzato: quello dell'assunzione che «sia effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al quindici per cento dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati» (105).

Quanto al lavoro marittimo, la materia resta disciplinata dagli artt. 325 e 326 c. nav., che consentono esplicitamente il contratto a tempo determinato e il contratto «per un viaggio o per più viaggi» (che deve considerarsi in tutto e per tutto come un contratto a termine, la cui scadenza è determinata in relazione al *dies incertus* della fine del viaggio) (106), per una durata in entrambi i casi non superiore a un anno (107).

**506. I casi in cui il contratto a termine è vietato esplicitamente.** — L'art. 3 vieta il contratto a termine, innanzitutto, per la sostituzione di lavoratori in sciopero (lett. *a*) (108). Lo vieta inoltre — ammettendo però la deroga al divieto mediante accordo collettivo — nelle «unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ... che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che tale contratto sia concluso per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti», oppure riguardi un lavoratore iscritto alla lista di mobilità (§ 544), oppure ancora abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi (lett. *b*).

Lo stesso divieto è disposto nelle «unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine» (lett. *c*).

Un ultimo divieto è posto infine sotto la lett. *d* per «le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626 e successive modificazioni e integrazioni» (§ 213). Disposizione, questa, assai irrazionale: non si vede davvero il motivo per cui, nel caso considerato, si vieta l'assunzione a termine, mentre si consente l'assunzione a tempo indeterminato.

**507. Forma dell'apposizione del termine.** — La norma del 1962 che imponeva la forma scritta della clausola, interpretata da dottrina e giurisprudenza prevalenti come fonte di un requisito di forma *ad substantiam* (109), viene ripresa e integrata nel decreto legislativo del 2001 con due aggiunte: l'apposizione del termine può risultare da atto scritto «direttamente o indirettamente» (art. 1, c. 2°) e copia dell'atto deve essere consegnata al lavoratore, anche dopo la costituzione del rapporto, purché entro il termine di cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione (c. 3°) (110).

La menzione, nella norma, della possibilità che il termine risulti dall'atto scritto soltanto «indirettamente» si riferisce al caso nel quale il carattere temporaneo e la durata del rapporto si desumano dall'indicazione di un incarico ben delimitato, o da altre indicazioni contenute nel contratto: è questo il caso, ad esempio, della lettera nella quale si dica che l'assunzione avviene per la sostituzione di una lavoratrice in maternità (dove il termine è implicitamente identificato con il rientro al lavoro di quest'ultima), oppure per il presidio di un padiglione aziendale durante una manifestazione fieristica, oppure ancora per l'esecuzione di un lavoro determinato, quale la schedatura di un fondo librario, o la ristrutturazione edilizia di un immobile (111).

La formalizzazione scritta dell'apposizione del termine può anche consistere in un atto sottoscritto dal solo datore di lavoro, quale è la lettera di assunzione, che — come si è detto — può essere materialmente consegnata al lavoratore anche dopo l'inizio del rapporto, purché non oltre il termine tassativo di cinque giorni. È certo, peraltro, che l'atto scritto debba corrispondere a un accordo tra le due parti precedente o contestuale all'inizio del rapporto (112): accordo che potrà presumersi, se il lavoratore non ne eccepisca senza indugio l'inesistenza dopo la consegna del documento. Si discute invece se debba essere precedente o contestuale all'inizio del rapporto anche la stipulazione dell'atto scritto (113): la questione darà lavoro a giudici e avvocati.

Può accadere che il contratto a termine sia stipulato, nella forma dovuta, da un dirigente o funzionario privo del relativo potere. In tale caso anche la ratifica da parte dell'organo competente deve avvenire in forma scritta (114).

La nuova legge conferma infine l'esenzione dal requisito della forma scritta, già prevista dalla vecchia disciplina, per i contratti di durata non superiore a dodici giorni (art. 1, c. 4°) (115).

**508. Trattamento del lavoratore assunto a termine e limiti della sua computabilità nell'organico aziendale.** — In aderenza a quanto disposto dalla direttiva comunitaria n. 70/1999 (§ 501), ma anche in perfetta continuità con quanto già disposto dalla legge del 1962 (art. 5) (116), l'art. 6 del decreto dispone che al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato sia riservato un trattamento in tutto e per tutto equivalente a quello riservato nella stessa azienda — a parità di inquadramento — al lavoratore stabile: la norma menziona, in particolare, il diritto alle ferie (che, nei rapporti di durata inferiore a un anno, possono essere sostituite dalla corrispondente indennità) (§§ 343-349), alla tredicesima mensilità (anch'essa da proporzionarsi all'eventuale minor durata del rapporto nel corso dell'anno) (§ 259) e al trattamento di fine rapporto (§§ 261-263). A ogni altro aspetto del rapporto si applica la regola di «non discriminazione» e del riproporzionamento *pro rata temporis*.

L'inottemperanza alla regola della parità di trattamento costituisce, oltre che inadempimento contrattuale, anche illecito amministrativo, sanzionato invero in modo assai tenue: l'ammenda è pari nel minimo a 25,82 euro e a 154,94 nel massimo quando la violazione riguardi non più di cinque lavoratori; minimo e massimo sono aumentati rispettivamente a 154,94 e 1.032,91 euro quando il numero dei lavoratori interessati sia superiore.

L'art. 8 del decreto precisa invece che i lavoratori (anche con qualifica dirigenziale: art. 10, c. 4°, ultima proposizione)

assunti a termine sono computabili nell'organico aziendale ai fini della disciplina del licenziamento (§ 513) e dei diritti sindacali (§§ 58-60) soltanto quando il contratto abbia durata superiore a nove mesi. Una disposizione identica è contenuta nell'art. 4, c. 1°, della legge 12 marzo 1999 n. 68 ai fini della determinazione della quota di riserva per il collocamento obbligatorio dei portatori di handicap (§ 42).

**509. Proroga del termine e successione di contratti a tempo determinato.** — Nell'art. 4 del decreto legislativo scompare il vecchio divieto di estensione temporale della proroga superiore alla durata iniziale del rapporto. La proroga del termine — che necessita ovviamente del consenso del lavoratore (117), ma non necessariamente della forma scritta (118) — è consentita dal primo comma «solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni» e comunque in modo che questo limite massimo di durata complessiva non venga superato con la proroga. La disposizione era stata inserita nel disegno governativo originario del provvedimento, nel quale l'art. 1 consentiva l'apposizione del termine senza alcuna limitazione (§ 504): poteva dunque ipotizzarsi la libera assunzione di qualsiasi lavoratore a termine, anche per periodi di quattro, cinque anni o più. Con l'inserimento nella norma di apertura del decreto della necessità di giustificazione sostanziale del termine, il quale deve corrispondere a «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», l'ipotesi della legittima pattuizione di una durata del rapporto pari o superiore a tre anni risulta invece quasi del tutto irrealistica, salvo il caso del rapporto dirigenziale, che è peraltro escluso dal campo di applicazione tanto dell'art. 1 quanto dell'art. 4 (§ 505): per un verso, è difficile immaginare un caso nel quale possano configurarsi dei motivi tecnico-organizzativi per l'apposizione di un termine così lungo al rapporto di lavoro di un operaio, impiegato o quadro; per altro verso è difficile immaginare che il datore di lavoro possa avere interesse a vincolarsi rigidamente nei confronti del dipendente a una durata così estesa del contratto, rinunciando per un periodo tanto lungo alla facoltà di recedere per giustificato motivo oggettivo che gli è data nel contratto a tempo indeterminato (§ 516).

La prima limitazione posta dalla norma alla possibilità di proroga appare dunque priva di un rilievo pratico apprezzabile, ancorché dovuta, in attuazione dell'art. 5, lett. b della direttiva (§ 501) (essa comunque si applica solo in riferimento alla proroga, non alla successione di contratti a termine) (119). È invece assai più rilevante la disposizione immediatamente successiva, che consente la proroga del termine per una sola volta e soltanto «a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato»; l'onere della prova in proposito grava sul datore (c. 2°).

In riferimento alla disciplina previgente dottrina e giurisprudenza concordavano sulla conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato nel caso di proroga eccedente il limite legale (120). È prevedibile che questo orientamento venga confermato in riferimento alla nuova disciplina; ma la soluzione sistematicamente più corretta appare quella della riduzione automatica del termine entro il limite di legge (121).

Nel caso del contratto a termine stipulato per sostituzione di un lavoratore temporaneamente assente, la giurisprudenza riteneva che la prosecuzione del rapporto per breve periodo dopo il rientro di quest'ultimo non costituisse proroga del termine (122). Ora la materia è oggetto di disciplina legislativa esplicita in riferimento a qualsiasi caso di protrazione della prestazione oltre il termine: il primo comma dell'art. 5 riproduce la disposizione precedentemente contenuta nell'art. 12 della legge n. 196/1997 (§ 500) in riferimento al caso della proroga tacita fino a un massimo di venti giorni (trenta nel caso di contratto di durata pari o superiore a sei mesi), confermando la maggiorazione retributiva spettante in tal caso al lavoratore, del 20% fino al decimo giorno di protrazione della prestazione e del 40% per i giorni successivi. Quando la prestazione si protragga, senza valida pattuizione di una proroga a norma dell'art. 4, oltre i detti termini, il secondo comma dell'art. 5 dispone la conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato.

La disciplina limitativa della proroga del contratto a termine non è ritenuta applicabile al rapporto di lavoro dirigenziale (123).

La norma del 1997 è riprodotta dagli ultimi due commi dell'art. 5 del nuovo decreto anche in riferimento alla successione di contratti a termine tra le stesse parti: il terzo comma stabilisce che, se la nuova stipulazione interviene entro dieci giorni dalla fine del primo rapporto (venti giorni se il primo rapporto ha avuto durata superiore a sei mesi), il secondo contratto si considera come stipulato a tempo indeterminato; il quarto comma stabilisce invece che, quando tra due contratti a termine non vi sia stata alcuna soluzione di continuità, il rapporto si considera a tempo indeterminato fin dall'inizio del primo contratto (124).

Quando, infine, nel primo dei due contratti il termine sia stato apposto illegittimamente, il rapporto si intende sempre costituito fin dall'inizio a tempo indeterminato, indipendentemente dall'ampiezza dell'intervallo tra l'indebita cessazione del primo contratto e l'inizio del secondo (125), dovendo in tal caso l'intervallo considerarsi come sospensione consensuale delle prestazioni lavorativa e retributiva (126).

**510. Effetti della pattuizione del termine sulla facoltà di recesso delle parti. Il caso della malattia e gli altri casi di sospensione della prestazione.** — Secondo i principi generali, il recesso unilaterale del datore o del prestatore dal

contratto a tempo determinato è consentito soltanto se motivato da un grave inadempimento della controparte o da una impossibilità oggettiva sopravvenuta della prestazione lavorativa: è pertanto escluso il licenziamento determinato da motivi esclusivamente economici, ma non quello per gravi motivi disciplinari (§ 517). Quanto agli effetti del licenziamento *ante tempus* illegittimo, la giurisprudenza è da sempre orientata nel senso dell'applicabilità non dell'apparato sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav. (§ 522), bensì soltanto di una tutela risarcitoria che comporta il pagamento al lavoratore delle retribuzioni corrispondenti al periodo residuo indebitamente non lavorato (127). Nel caso di sospensione della prestazione lavorativa — in particolare: malattia (§§ 381-394), maternità o paternità (§§ 402-404), servizio militare (§ 415) — per il quale sia previsto, nel rapporto di lavoro ordinario, il diritto del lavoratore alla conservazione del posto, questa protezione non produce l'effetto di una dilazione del termine di cessazione del rapporto originariamente pattuito (128).

**511. Effetti dell'invalidità dell'apposizione del termine.** — Si è visto come la nuova legge stabilisca esplicitamente la sanzione che colpisce il protrarsi della prestazione oltre il termine e la successione di contratti a termine senza l'intervallo minimo (§ 509). Altrettanto la legge non fa in riferimento all'apposizione del termine invalida per difetto di forma (§ 507), o per difetto di giustificato motivo (§ 502). Qui si pone dunque la questione se si applichi la regola civilistica generale posta dal primo comma dell'art. 1419 c.c. per il caso di nullità parziale (per la quale la nullità della clausola travolge l'intero contratto soltanto quando possa ritenersi che le parti non lo avrebbero stipulato senza quella clausola), oppure la regola posta dal secondo comma (sostituzione dello standard legislativo inderogabile a quello illegittimamente pattuito) con la conseguente conversione in ogni caso del rapporto a termine in rapporto a tempo in rapporto ordinario a tempo indeterminato. A sostegno di questa seconda tesi si adduce l'argomento secondo cui l'applicazione della regola di cui al primo comma penalizzerebbe proprio il lavoratore, che l'ordinamento intende invece proteggere (129); e che la direttiva comunitaria di cui il decreto si presenta come attuazione (§ 501) vincola l'ordinamento nazionale a porre in essere misure idonee a prevenire efficacemente le frodi (130). A sostegno della prima, può osservarsi però che la sanzione della conversione in un rapporto stabile a tempo indeterminato è eccessiva nel caso in cui la nullità dell'apposizione del termine derivi soltanto dal vizio iniziale di forma, quando il datore di lavoro possa dimostrare la sussistenza della pattuizione iniziale in forma verbale e di una sua giustificazione sostanziale. A mio avviso occorre distinguere il caso dell'invalidità della clausola iniziale per difetto di giustificato motivo, dal caso del difetto di forma. Nel caso del difetto di giustificazione dell'apposizione del termine, questa stessa causa sostanziale di nullità della pattuizione implica di per sé la valutazione di insufficienza di un interesse apprezzabile del datore di lavoro alla temporaneità del contratto: ne consegue dunque logicamente in ogni caso che il rapporto si considera a tempo indeterminato, analogamente a quanto disposto dal terzo comma dell'art. 5 in riferimento al caso di successione di contratti a termine senza il debito intervallo (salva, ovviamente, la facoltà del datore di recedere, quando egli possa dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di recesso: § 516) (131). Altrettanto non può dirsi, però, a mio avviso, nel caso del vizio di forma: quando, dunque, il datore di lavoro possa dimostrare la sussistenza della pattuizione, ancorché formalmente viziata, occorrerà valutare di volta in volta se il contratto sarebbe stato stipulato anche senza quella clausola, oppure no, non essendo la nullità dell'apposizione del termine ascrivibile a violazione di una disciplina sostanziale inderogabile e non operando quindi la sostituzione automatica di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c. (132); e poiché la questione, a questo punto, verte essenzialmente sulla sussistenza o no di un interesse apprezzabile del datore alla stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato invece che a termine, in questo ordine di idee l'effetto pratico del vizio di forma, quando la pattuizione orale del termine sia dimostrata, si riduce a un'inversione dell'onere della prova circa la sussistenza del giustificato motivo a sostegno di quella pattuizione (§ 503), onere che qui deve essere assolto dal datore: se quest'ultimo è in grado di dimostrare che, senza quella clausola, il contratto non sarebbe stato stipulato, la nullità della clausola travolge l'intero contratto.

Ritengo, tuttavia, probabile che in giurisprudenza finisca col prevalere, in continuità col passato, l'orientamento favorevole alla trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato anche nel caso di nullità della clausola per difetto di forma.

Si discute se la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato comporti che nell'indebita cessazione dello scambio di prestazioni possa ravvisarsi un licenziamento illegittimo, con conseguente applicabilità dell'apparato sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav. (§ 522) (133). All'orientamento negativo in proposito, oggi nettamente prevalente, consegue che il lavoratore non ha diritto alle retribuzioni maturate tra il momento della — pur indebita — cessazione della prestazione e la ripresa del lavoro conseguente alla sentenza a lui favorevole, né al risarcimento corrispondente, salvo che in quel lasso di tempo egli si sia offerto di prestare servizio e tale offerta sia stata respinta dal datore (134). Non manca, tuttavia, chi sostiene invece la tesi della ricostituzione del rapporto *ex tunc* con riconoscimento automatico al lavoratore del diritto al pagamento integrale delle retribuzioni maturate *medio tempore*, dedotto l'*aliunde perceptum* (135).

#### Sezione IV

### Il licenziamento individuale

Sommario: 512. Il preavviso e l'indennità sostitutiva. — 513. Evoluzione della disciplina limitativa della facoltà di licenziamento. — 514. Il divieto del licenziamento discriminatorio o comunque determinato da motivo illecito, o da mero arbitrio o capriccio del datore. — 515. La regola del giustificato motivo. — 516. Il giustificato motivo oggettivo. — *a*) Il giustificato motivo come perdita futura eccessiva, conseguente alla prosecuzione del singolo rapporto. — *b*) La regola del giustificato motivo oggettivo come imposizione di un contenuto assicurativo nel rapporto di lavoro. — *c*) Individuazione della perdita attesa come dato inerente al singolo rapporto di lavoro. Rilevanza della nozione di costo-opportunità. — *d*) Critica della regola giurisprudenziale che consente la soppressione del posto ma vieta la sostituzione del lavoratore. — *e*) La regola giurisprudenziale del c.d. *repêchage*. — *f*) Le aporie della giurisprudenza in materia di scarso rendimento. — *g*) La questione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento individuale. — *h*) Un caso particolare di perdita attesa: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa. — *i*) La questione dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali. — *l*) La scelta dell'imprenditore di cessare l'attività e il fallimento dell'impresa. — *m*) La determinazione della soglia. Rilevanza o no del pregiudizio subito dal lavoratore nel caso concreto. — *n*) Non trasparenza delle motivazioni delle sentenze in materia di g.m.o. — 517. Il giustificato motivo soggettivo. — *a*) I casi in cui l'inadempimento costituisce g. m. soggettivo e oggettivo al tempo stesso. — *b*) La peculiarità del g. m. soggettivo rispetto al g. m. oggettivo. Scarsa rilevanza del danno attuale e della perdita attesa nel singolo rapporto. — *c*) Il possibile contrasto fra interesse del datore alla reazione disciplinare e interesse dello stesso alla conservazione del rapporto. — *d*) Rilevanza non esclusiva del venir meno della fiducia del datore circa il corretto adempimento futuro, ai fini del g. m. soggettivo. — *e*) Rilevanza decisiva del criterio di proporzionalità fra gravità soggettiva della mancanza e gravità della sanzione disciplinare. Il nuovo orientamento della Cassazione in proposito. — *f*) La questione se rilevi o no il diverso costo sofferto dal singolo lavoratore per il licenziamento in ciascun caso concreto. — *g*) Rilevanza limitata della predeterminazione del g. m. soggettivo in sede collettiva. — 518. La giusta causa, come criterio attinente soltanto al debito del preavviso. — 519. Requisiti di forma e comunicazione dei motivi del licenziamento. — 520. L'area residua della recedibilità libera da parte del datore di lavoro. Il licenziamento per raggiunti limiti di età. — 521. L'impugnazione del licenziamento. — 522. L'apparato sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo e i criteri di applicazione dei diversi regimi. La nozione di «unità produttiva». — 523. Nullità, annullabilità e inefficacia del licenziamento nel regime di «tutela reale» della stabilità del posto. La reintegrazione nel posto di lavoro e l'indennità sostitutiva della reintegrazione. — 524. Il risarcimento del danno da perdita di reddito e la questione del possibile danno ulteriore. — 525. Effetti distorsivi dell'alea del giudizio sulla portata effettiva della limitazione della facoltà di recesso del datore, nell'area della tutela reale. — 526. Il licenziamento illegittimo ma efficace. *A*) La tutela obbligatoria nelle aziende di minori dimensioni. — 527. *Segue. B*) La tutela obbligatoria nelle organizzazioni di tendenza. — 528. La questione del licenziamento illegittimo per difetto di forma o di procedimento disciplinare, nell'area della tutela reale e in quella della tutela obbligatoria. — 529. Altri casi di nullità del licenziamento. La questione dell'applicabilità dell'art. 18 St. lav. anche in questi casi. — 530. Inefficacia temporanea del licenziamento del lavoratore assente per malattia, infortunio o servizio militare. — 531. Distribuzione e modalità di assolvimento dell'onere della prova circa i fatti rilevanti ai fini della legittimità del licenziamento e dell'individuazione del regime di protezione applicabile. — 532. La reiterazione del licenziamento invalido nel regime di tutela reale. — 533. La tutela contrattuale della stabilità del posto di lavoro del dirigente e la nozione di «giustificatazza» del licenziamento rilevante in proposito.

**512. Il preavviso e l'indennità sostitutiva.** — A norma dell'art. 2118 c.c. il datore di lavoro, al pari del prestatore (§ 495), è tenuto a dare il preavviso del proprio recesso in tutti i casi in cui esso non sia determinato da giusta causa (§ 527) (136). Una disposizione analoga è posta ora dall'art. 1469-bis c.c., c. 3°, n. 8, in riferimento al recesso del libero professionista dal contratto di collaborazione a tempo indeterminato. È in discussione in Parlamento una disposizione che impone il preavviso di recesso al committente nel rapporto di collaborazione autonoma continuativa con un prestatore in posizione di sostanziale «dipendenza» (§§ 95-96).

Come si è visto trattando delle dimissioni, l'entità minima del preavviso è fissata dalla legge soltanto per gli impiegati (r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825, artt. 9 e 10) e per i collaboratori domestici (l. 2 aprile 1958 n. 339, art. 16): per i lavoratori non inquadrabili in queste categorie l'entità del preavviso deve essere stabilita secondo gli usi o, in difetto, secondo equità, quindi in riferimento agli standard collettivi correnti, così attivandosi il consueto meccanismo di estensione di fatto *erga omnes* dell'efficacia delle clausole collettive di livello nazionale che disciplinano la materia (§ 69).

L'omissione del preavviso non è causa di invalidità del recesso (137). Prevale però nettamente in dottrina (138) e in giurisprudenza (139) la tesi secondo cui la norma sul preavviso ha «efficacia reale», cioè produce l'effetto della prosecuzione giuridica del rapporto fino alla scadenza del termine, anche quando il datore esoneri il prestatore dallo svolgimento delle mansioni e lo estrometta dall'azienda *ante tempus*: tale esonero, pur considerato ammissibile, non vale a far venire meno il diritto del lavoratore di accedere al luogo di lavoro per conferire con un rappresentante sindacale, per partecipare a un'assemblea, o per esprimere il proprio voto in un referendum indetto dalle organizzazioni sindacali. Anche in caso di preavviso non lavorato, il rapporto giuridicamente si estingue alla scadenza del termine del preavviso medesimo, con tutte le relative conseguenze, retributive e di altro genere.



Dottrina e giurisprudenza assolutamente dominanti si spingono anche a dedurre dalla regola dell'«efficacia reale» del preavviso la conseguenza per cui l'eventuale causa sopravvenuta di sospensione della prestazione con inibizione del licenziamento (quale la malattia, o la maternità/paternità) ha l'effetto di inibire l'effetto risolutivo del licenziamento fino al rientro in azienda del lavoratore o alla scadenza del termine di compimento (140): qui non essendo chiaro se alla scadenza del periodo di sospensione il termine residuo riprenda a decorrere, oppure invece — come parrebbe più logico — a quel punto l'effetto risolutivo si produca senz'altro. In virtù della regola dell'«efficacia reale» del preavviso, si ritiene che prima della scadenza del termine il lavoratore licenziato possa validamente compiere l'opzione per il differimento del pensionamento al sessantacinquesimo anno (§ 520), con conseguente differimento anche degli effetti del licenziamento già comunicatogli (141). Non mancano, però, pronunce nel senso dell'applicabilità al recesso, e in particolare al licenziamento, della disciplina in vigore al momento della comunicazione, cioè al termine iniziale del periodo di preavviso (142).

Sono per lo più considerate tuttavia legittime le clausole collettive che consentono, in determinati casi, il recesso senza preavviso con pagamento dell'indennità sostitutiva e con effetto risolutivo immediato (143). E si è da più parti osservato come in diverse disposizioni legislative si manifesti la tendenza dell'ordinamento a utilizzare l'indennità sostitutiva quale pura e semplice integrazione delle competenze di fine rapporto, con il solo effetto pratico di incrementare — insieme al costo del licenziamento per l'imprenditore — il «contenuto assicurativo» del contratto di lavoro subordinato (144).

Il preavviso è dovuto anche nel caso di licenziamento collettivo, debitamente preceduto dall'esame congiunto in sede sindacale e amministrativa (§§ 534-543) (145), nonché nel caso di licenziamento per cessazione totale dell'attività aziendale (146). Nulla vieta che il periodo di preavviso si sovrapponga a un periodo di sospensione della prestazione lavorativa con intervento della Cassa integrazione (147) (§ 369). Quando, poi, il preavviso sia stato sostituito dalla corrispondente indennità, nulla vieta che essa si cumuli con il trattamento speciale di disoccupazione (§ 544) (148). Il quarto comma dell'art. 2109 c.c. vieta che il periodo di preavviso sia «computato nelle ferie», ovvero che il lavoratore venga estromesso immediatamente dall'azienda con la collocazione in ferie contestuale alla comunicazione del preavviso di licenziamento (§ 345) (149). La *ratio* di questa norma non è perspicua. La ragion d'essere di tale prolungamento è stata individuata da qualche Autore nella diversa finalità del preavviso (consentire al lavoratore la ricerca del nuovo posto di lavoro) rispetto a quella delle ferie (riposo e ricreazione: § 343) (150); ma non mi è dato comprendere perché la ricerca del posto sarebbe facilitata dal fatto di svolgersi in un periodo in cui la prestazione lavorativa è ancora dovuta, piuttosto che in un periodo di sua sospensione. Mi sembra più logico ritenere che il legislatore abbia inteso con questa disposizione assicurare al lavoratore il beneficio economico del prolungamento del preavviso di un periodo pari alle ferie o dell'aggiunta dell'indennità sostitutiva delle ferie (§ 349) alle competenze di fine rapporto (151).

Prevale comunque l'orientamento nel senso di considerare vietata soltanto la scelta unilaterale, da parte del datore, di collocare in ferie il lavoratore durante il periodo di preavviso, ma non la stessa sovrapposizione delle ferie al periodo di preavviso quando a chiederla sia il lavoratore (152). E a maggior ragione deve ritenersi che la regola della non sovrapposibilità sia derogabile su richiesta del lavoratore quando sia lui stesso a dare il preavviso di dimissioni. Nonostante qualche incertezza giurisprudenziale registratasi in passato, può e deve considerarsi pacifico che, nel caso di annullamento del licenziamento per difetto di giustificato motivo e conseguente reintegrazione del lavoratore, questi è tenuto a restituire l'indennità sostitutiva del preavviso che gli sia stata in precedenza corrisposta (153).

L'indennità sostitutiva del preavviso, i cui criteri di computo sono stabiliti dall'art. 2121 c.c. (§§ 254, 256 e 257), è considerata come retribuzione ordinaria sia agli effetti della contribuzione previdenziale e della maturazione dell'anzianità contributiva del percipiente (§ 247), sia agli effetti della determinazione del trattamento di fine rapporto (§ 261).

**513. Evoluzione della disciplina limitativa della facoltà di licenziamento.** — È opinione diffusa che prima della legge 15 luglio 1966 n. 604 la regola del preavviso costituisse la sola limitazione della facoltà di recesso unilaterale del datore di lavoro, essendo consentito dal codice civile il c.d. recesso *ad nutum*. In realtà, già il codice civile, attribuendo a qualsiasi lavoratore licenziato senza giusta causa il diritto a un indennizzo (l'«indennità di anzianità» di cui all'art. 2120: § 260; ma si trattava in sostanza di una indennità *di licenziamento*), aveva istituito un primo «filtro» delle scelte di recesso unilaterale del datore di lavoro, rendendo antieconomico il licenziamento in tutti i casi nei quali la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto fosse inferiore a quell'esborso (§ 516, lett. *b*). Poiché l'indennità era assai più elevata per gli impiegati che per gli operai, ne conseguiva sostanzialmente una tutela della stabilità assai maggiore per i primi che per i secondi.

Con la legge n. 604/1966, oltre all'introduzione del divieto di licenziamento discriminatorio per motivi sindacali, politici o di opinione, vennero compiute due operazioni:  
— si stabilì che l'indennità di cui all'art. 2120 c.c. sarebbe stata pagata al lavoratore in tutti i casi di cessazione del rapporto, compresi il caso di licenziamento giustificato e quello delle dimissioni, col risultato che quell'indennità assunse da quel momento la natura di retribuzione differita (v. ancora § 260) (154), perdendo l'effetto di «filtro»

economico dei licenziamenti;

— per converso, la legge del 1966, recependo quanto disposto da un accordo interconfederale dell'anno precedente (155), stabilì che, qualora il licenziamento fosse privo di idonea giustificazione, il datore di lavoro con più di 35 dipendenti fosse obbligato, alternativamente, a riassumere il lavoratore o a pagargli un indennizzo.

Vista con gli occhi dell'economista, la legge del 1966 non segnò dunque un mutamento qualitativo di grande rilievo nel nostro regime di protezione contro il licenziamento: essa si limitò a sostituire la vecchia indennità di licenziamento prevista dall'art. 2120 c. c. con un indennizzo di entità diversa (ma mediamente non più elevata), calcolato secondo un criterio comune a operai e impiegati e amministrato dal giudice caso per caso. Con la previsione della soglia dei 36 dipendenti per l'applicazione del nuovo regime di tutela contro il licenziamento, però, quella legge istituì sostanzialmente un regime di licenziabilità totalmente libera per le aziende di dimensioni inferiori, non più assoggettate ad alcun «costo di licenziamento» di fonte legislativa; e poiché già all'epoca le imprese con organico inferiore a 36 dipendenti occupavano una parte cospicua dei lavoratori italiani, il risultato dell'operazione fu, paradossalmente, quello di una attenuazione del grado complessivo di «protettività» del sistema contro i licenziamenti (ciò di cui sindacati e forze politiche non tardarono ad accorgersi negli anni immediatamente successivi).

È stato invece lo Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970 n. 300), quattro anni dopo, a rendere assai più severa la disciplina limitativa dei licenziamenti. Esso ne ha, innanzitutto, ampliato notevolmente l'area di applicazione, includendovi tutte le aziende che occupassero nello stesso comune più di 15 dipendenti (il limite si riduce a 5 per le aziende agricole) (§ 522). Esso ha inoltre previsto che, quando il giudice abbia ritenuto ingiustificato il licenziamento, non sia più data all'imprenditore la scelta tra riassunzione del lavoratore e indennizzo, bensì gli sia imposto in ogni caso di ricostituire il rapporto di lavoro e di pagare un risarcimento del danno, nella misura minima di 5 mensilità dell'ultima retribuzione e senza limite massimo (§ 523). La reintegrazione automatica del lavoratore, combinata con l'assenza di un limite massimo del risarcimento, con la possibile lunga durata del processo e con la scarsa prevedibilità dell'esito del giudizio, ha prodotto l'effetto di un notevolissimo aumento del «costo di licenziamento» mediamente atteso dall'imprenditore *ex ante* (§ 525): in una recente ricerca comparativa esso è valutato per l'Italia in 34 mensilità dell'ultima retribuzione (156).

La legge n. 108 del 1990 è infine intervenuta a reintrodurre, sotto la soglia dei 15 dipendenti, una sorta di indennità di licenziamento ingiustificato, sempre amministrata dal giudice, in misura che va da 2,5 a 14 mensilità a seconda delle dimensioni dell'azienda e dell'anzianità del lavoratore (§ 526).

**514. Il divieto del licenziamento discriminatorio o comunque determinato da motivo illecito, o da mero arbitrio o capriccio del datore.** — L'art. 4 della legge n. 604/1966, dando concreta attuazione a principi già in precedenza sanciti (o agevolmente desumibili) dalla Costituzione e da convenzioni e trattati internazionali di cui si è già detto a loro luogo (§§ 15 e 166), commina la nullità per qualsiasi «licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali». Il divieto, sempre assistito dalla sanzione della nullità, viene poi allargato dall'art. 15 St. lav., come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1977 n. 903, ai licenziamenti «dettati a fini di discriminazione ... razziale, di lingua o di sesso» (157).

Dottrina e giurisprudenza concordano nel considerare come causa di nullità del licenziamento, oltre al motivo discriminatorio, anche qualsiasi altro motivo in sé illecito: regola, questa, desumibile agevolmente dagli artt. 1345 e 1418, 2° c., c.c., stante l'applicabilità ai negozi unilaterali, nei limiti della compatibilità logica, delle regole dettate dalla legge in materia di negozi bilaterali.

Al motivo illecito o discriminatorio deve, a mio avviso, essere equiparato il mero arbitrio o capriccio del datore di lavoro, in virtù del principio costituzionale che vieta l'esercizio dell'iniziativa economica in modi che ledano la libertà o la dignità della persona (art. 41 Cost.). Così, ad esempio, deve, a mio modo di vedere, dichiararsi nullo — e non soltanto annullabile per carenza di giustificazione — il licenziamento motivato da fatti inerenti alla vita privata del lavoratore e irrilevanti nel rapporto di lavoro («ti licenzio perché ti servi di un'automobile prodotta da un'impresa concorrente»), oppure dettato da motivi di «tifo» calcistico («ti licenzio perché sei interista»), o da motivi altrimenti futili («ti licenzio perché mi hai battuto in una partita a scacchi»). In questo ordine di idee, appare corretta la dichiarazione di nullità anche del licenziamento del dipendente di cui il datore di lavoro scopra che è l'amante della propria moglie, salvo che, per le dimensioni dell'impresa e/o la collocazione particolare del lavoratore nel suo organigramma, l'inevitabile inimicizia personale tra datore e prestatore costituisca un fattore oggettivo di rilevante turbativa del normale svolgimento dell'attività aziendale, venendo pertanto a costituire motivo legittimo del licenziamento, in quanto motivo inerente all'economia del rapporto contrattuale e non estraneo ad essa (§ 516) (158).

La regola processuale generale, in questa materia, è quella che impone al lavoratore l'onere di dimostrare la discriminazione o altro motivo illecito, o inammissibile, come motivo del licenziamento (§ 531). È peraltro orientamento giurisprudenziale costante — e pienamente conforme a logica — quello per cui tale motivo assume rilievo soltanto in quanto esso risulti determinante. Viceversa, qualora il datore di lavoro provi a sua volta la sussistenza di altro motivo in sé legittimo, sufficiente a giustificare il licenziamento, questo rende irrilevante l'eventuale motivo discriminatorio, in quanto concorrente ma non determinante (159).

Il divieto di licenziamento discriminatorio o dettato da motivo illecito o inammissibile si applica in qualsiasi rapporto di lavoro, indipendentemente dalla natura e dalle dimensioni dell'azienda (§ 522).

**515. La regola del giustificato motivo.** — Insieme al divieto del licenziamento discriminatorio, la legge n. 604/1966 ha introdotto la regola per cui il licenziamento deve essere sorretto da un motivo giustificato (art. 1), con sedici anni di anticipo rispetto all'ordinamento dell'O.I.L., nel quale la stessa regola è stata introdotta mediante la convenzione 22 giugno 1982 n. 158 (peraltro non ratificata dall'Italia) (160) e oltre quattro decenni di anticipo rispetto all'ordinamento comunitario, nel quale quella regola è stata introdotta per la prima volta mediante l'art. 30 della *Carta dei diritti fondamentali* proclamata dal Parlamento e dalla Commissione il 7 dicembre 2000 (161).

L'art. 3 della legge n. 604/1966 definisce il giustificato motivo di licenziamento alternativamente come «un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali» (c.d. giustificato motivo soggettivo) e come una o più «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»: formule, entrambe, estremamente generiche, corrispondenti alla tecnica normativa della «clausola generale» (§ 502), il cui contenuto precettivo pratico è per sua natura fortemente influenzato dall'orientamento e dalla sensibilità del giudice e dalle circostanze, quindi anche suscettibile di mutare nel tempo (162). Ciò non toglie che possa svolgersi in proposito qualche considerazione di carattere logico-sistematico, suscettibile di fornire alcuni criteri generali di interpretazione e applicazione della norma, nonché alcune utili chiavi di lettura critica degli orientamenti giurisprudenziali formatisi su questa materia.

Le conclusioni a cui pervengo nelle pagine che seguono si discostano nettamente da quelle che parrebbero doversi trarre dalle massime giurisprudenziali ricorrenti in questa materia; ma non si discostano più che tanto dalla motivazione reale (ancorché inespressa) che sottende le decisioni dei giudici del lavoro.

**516. Il giustificato motivo oggettivo.** — Escluso ogni motivo discriminatorio, illecito, futile o capriccioso del licenziamento, oggetto di uno specifico divieto a sé stante (§ 514), i motivi suscettibili di indurre di fatto il datore di lavoro a licenziare un dipendente possono, in linea di fatto, essere soltanto di due tipi, riconducibili rispettivamente ai due possibili «giustificati motivi» indicati dalla clausola generale di cui si è detto nel paragrafo precedente: — l'interesse di natura disciplinare, consistente nell'esigenza tipicamente aziendale di dissuadere i dipendenti dal tenere un determinato comportamento contrario ai loro doveri contrattuali (§ 476); oppure

— la previsione che dalla prosecuzione del rapporto derivino complessivamente per l'azienda costi superiori rispetto all'utilità prodotta, che è quanto dire l'attesa di una perdita (deve essere chiaro fin d'ora che la *perdita attesa* di cui stiamo parlando è il risultato della differenza tra l'insieme di tutti i costi e l'insieme di tutte le utilità che prevedibilmente deriveranno per il datore dalla prosecuzione del rapporto di lavoro) (163).

Tuttavia non qualsiasi esigenza disciplinare e non qualsiasi perdita attesa possono costituire giustificato motivo di licenziamento: altrimenti l'art. 3 della legge n. 604/1966 non avrebbe alcun effetto limitativo della facoltà di recesso del datore. Si tratta di individuare più precisamente in che cosa consista quell'effetto limitativo, in ciascuno dei due campi. Esaminiamo per prima la nozione di giustificato motivo oggettivo.

a) *Il giustificato motivo come perdita futura eccessiva, conseguente alla prosecuzione del singolo rapporto.* — Come si è appena detto, deve innanzitutto escludersi con sicurezza che il g.m.o. possa essere costituito da una perdita attesa di entità qualsiasi: se infatti per giustificare il licenziamento fosse sufficiente anche una perdita attesa minima, la norma ne risulterebbe svuotata di ogni effetto limitativo della facoltà di recesso del datore. Il licenziamento, quando non è determinato da un motivo discriminatorio, illecito, futile o capriccioso, oppure da un motivo disciplinare, in linea di fatto è *sempre* motivato dall'intendimento di evitare una perdita apprezzabile in qualche misura sul piano economico, che il datore di lavoro si attende dalla prosecuzione del rapporto, poiché altrimenti nessun datore si indurrebbe a licenziare un proprio dipendente (neppure una perdita già patita lo indurrebbe al licenziamento, se non fosse complessivamente in perdita anche il bilancio preventivo della prosecuzione del rapporto); e nessuno meglio del datore di lavoro stesso può valutarne l'esistenza e l'entità. Per conservare un effetto limitativo della facoltà di recesso, dunque, la norma deve essere necessariamente letta nel senso che il lavoratore può essere licenziato soltanto quando dalla prosecuzione del rapporto derivi complessivamente per l'impresa, in termini di valore atteso, una *perdita superiore a una determinata soglia*.

Questa prima acquisizione non può considerarsi banale e scontata: ricorre, infatti, con una certa frequenza in dottrina l'affermazione secondo la quale sarebbe contraria ai principi dell'ordinamento l'imposizione all'imprenditore del mantenimento di un rapporto di lavoro destinato a svolgersi complessivamente in perdita (164); donde, a stretto rigor di logica, la conseguenza per cui basterebbe un bilancio preventivo del singolo rapporto in perdita, anche minima, per giustificare il licenziamento. La stessa affermazione ricorre con una certa frequenza anche in giurisprudenza, e in

particolare in diverse sentenze di Cassazione (165). Questa affermazione, come si è detto, è però logicamente incompatibile con la limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro: tale limitazione, quando è riferita alle esigenze economiche dell'impresa (giustificato motivo oggettivo) non può significare altro se non che, entro un determinato limite, l'impresa deve farsi carico della prosecuzione del rapporto anche in perdita (166).

Potrebbe obiettarsi che l'imposizione all'imprenditore della prosecuzione di un rapporto di lavoro in perdita, per quanto limitata questa sia, sarebbe incompatibile con la regola costituzionale che esclude la possibilità di imposizione di obblighi assistenziali a un soggetto privato (art. 38 Cost., c. 5°: «l'assistenza privata è libera»). L'unica risposta a questa obiezione che io sia riuscito a trovare consiste nel contenuto assicurativo del rapporto di lavoro subordinato.

b) *La regola del giustificato motivo oggettivo come imposizione di un contenuto assicurativo nel rapporto di lavoro.* — Non costituisce imposizione di un obbligo assistenziale la ripartizione del rischio delle sopravvenienze negative tale per cui il datore di lavoro funga in determinate circostanze da assicuratore per il proprio dipendente, coprendo il rischio della prosecuzione del rapporto in perdita proprio come un assicuratore copre il rischio di un sinistro del proprio cliente, entro un determinato «massimale» (la soglia ragionevole costituente il giustificato motivo): l'ordinamento impone inderogabilmente questa ripartizione del rischio tra le parti del rapporto di lavoro subordinato per i motivi di cui si è già parlato più volte (§§ 6, 238, 241, 365, 380, 491), lasciando ai meccanismi di mercato il compito di assicurare la remunerazione del rischio stesso mediante una corrispondente riduzione delle retribuzioni, una sorta di «premio assicurativo» implicito, che ristabilisce l'equilibrio economico fra le prestazioni contrattuali reciproche. Questo e non altro è, con tutta evidenza, anche il significato dell'art. 2110 c.c., in materia di malattia o infortunio, dove il limite della «copertura assicurativa» imposta inderogabilmente al datore di lavoro è costituito dal termine del periodo di comporto (§§ 390-391).

In presenza di una sopravvenienza negativa oggettiva, quale la crisi di mercato, o lo *shock* tecnologico al quale il lavoratore non riesca a rispondere riqualificandosi tempestivamente, il datore è dunque tenuto a mantenere in vita il rapporto per coprire il rischio, ma soltanto entro un certo limite massimo di perdita attesa: oltre quel limite l'obbligo cessa (e, allo stato attuale della nostra legislazione in materia, in quel caso il lavoratore può essere licenziato senza alcun indennizzo, con il solo beneficio del preavviso).

Quale sia il limite entro il quale l'imprenditore deve farsi carico della perdita attesa, la legge non dice. Torneremo su questo punto nel prosieguo del discorso, limitandoci per ora a confermare, in via di prima approssimazione, che l'applicazione della regola del giustificato motivo oggettivo richiede due passaggi: l'individuazione della perdita futura che, in un momento dato, ci si può attendere dalla prosecuzione del rapporto e la valutazione se essa superi o no la perdita massima di cui all'impresa può ragionevolmente imporsi il carico. Esaminiamo per primo il problema dell'individuazione della perdita attesa.

c) *Individuazione della perdita attesa come dato inerente al singolo rapporto di lavoro. Rilevanza della nozione di costo-opportunità.* — In alcune sentenze si legge che si configurerebbe un giustificato motivo oggettivo di licenziamento nell'esigenza di ridurre una perdita di bilancio che si registri nell'azienda o in un ramo di essa, ma non nell'esigenza di eliminare la perdita inerente al singolo rapporto di lavoro (167). Senonché l'attività dell'azienda o di un suo ramo può essere complessivamente in perdita, senza che ne consegua un interesse apprezzabile dell'imprenditore a risolvere un determinato rapporto di lavoro, almeno fino a che egli non si attenda una perdita *da quel rapporto* (si consideri, ad esempio, il caso di un'impresa il cui bilancio sia in rosso per i costi di produzione troppo elevati, ma che disponga di un addetto alle vendite bravissimo, la cui attività contribuisce a ridurre lo sbilancio di gestione: la perdita complessiva non spiega certo, né tanto meno giustifica, il licenziamento del venditore, almeno fino a quando l'impresa continua la sua attività); viceversa, l'attività dell'azienda o di un suo ramo può essere complessivamente in attivo, nonostante che un singolo rapporto produca una perdita rilevante, alla quale può corrispondere un interesse apprezzabile dell'imprenditore a risolverlo (si pensi al caso di un'impresa che produce utili, ma che si trova ad avere alle proprie dipendenze un operaio del tutto improduttivo, in seguito all'automatizzazione del lavoro in precedenza da lui svolto). Considerare senz'altro giustificato il licenziamento nel primo caso costituisce un errore esattamente come considerarlo senz'altro ingiustificato nel secondo.

In numerose sentenze compare una variante di questo errore, che consiste nell'affermazione secondo la quale il licenziamento sarebbe giustificato soltanto dall'intendimento di evitare una perdita, ma non da quello di conseguire un maggior profitto, secondo il principio per cui *potior est qui certat de damno vitando, quam qui certat de lucro captando* (168). Senonché in un mercato dei beni e dei servizi concorrenziale — quale sempre più diffusamente tende a essere, per diritto comunitario, quello nel quale il nostro diritto del lavoro si applica — la distinzione tra *damnum vitandum* e *lucrum captandum* non ha alcun significato, se riferita ai profitti o perdite derivanti alle imprese dai singoli rapporti di lavoro che si svolgono alle loro dipendenze: per un verso, ogni rapporto di lavoro nell'impresa viene sempre costituito, di regola, perché prevedibilmente produttivo di un *lucrum*; per altro verso ogni rapporto di lavoro da cui ci si attenda una perdita costituisce sempre un *damnum vitandum*, indipendentemente dal fatto che il bilancio complessivo dell'impresa sia contingentemente positivo o negativo. Il criterio di valutazione del singolo licenziamento non può dunque, logicamente, essere quello del saldo attivo o passivo del bilancio aziendale complessivamente inteso.

Alla base dell'errore logico riscontrabile nelle ultime sentenze citate sta sovente la mancata considerazione di una nozione propria della scienza economica: quella di costo-opportunità, che si contrappone alla nozione di costo contabile. La retribuzione pagata al lavoratore è un costo contabile, in quanto figura come tale nella contabilità aziendale; se però il mantenere il lavoratore al suo posto impedisce di collocare a quel posto un lavoratore più produttivo o di utilizzare una macchina che consentirebbe di guadagnare di più, questo maggior guadagno perduto costituisce un costo-opportunità: un costo, cioè, che non figura nei libri contabili, ma non per questo è meno rilevante nella vita dell'azienda (169). La sopravvivenza dell'impresa in un mercato concorrenziale dipende — in ultima analisi — proprio dalla sua capacità di individuare costantemente i costi-opportunità e perseguire le opzioni che ne riducono al minimo l'entità. Questo comporta che non si può considerare come scelte imprenditoriali «buone», in materia di licenziamenti, quelle tendenti a ridurre i costi contabili e come scelte «cattive» quelle tendenti a ridurre i costi-opportunità. Il problema, ancora una volta, è di individuare l'entità del costo — sia esso contabile o di opportunità — il cui risparmio può giustificare il licenziamento.

d) *Critica della regola giurisprudenziale che consente la soppressione del posto ma vieta la sostituzione del lavoratore.* — La nozione di costo-opportunità assume un'importanza centrale nell'esame critico di un altro orientamento giurisprudenziale: quello secondo cui il licenziamento sarebbe giustificato quando consegue alla soppressione del posto di lavoro, ma non quando consegue alla sostituzione di un lavoratore con un altro (170); una variante di questo orientamento è ravvisabile nelle sentenze secondo le quali sarebbe vietato procedere al licenziamento soltanto per conseguire un risparmio nel costo del lavoro (171). Per convincersi dell'inaccettabilità logica — o quanto meno della grave imprecisione — di questa regola giurisprudenziale così formulata, basti considerare come essa porti ad approvare senz'altro il licenziamento motivato dalla sostituzione del lavoratore con una macchina (o, talvolta, quello motivato dalla sostituzione del lavoratore subordinato con uno autonomo) (172); e a condannare, invece, lo stesso licenziamento se motivato con la sostituzione del lavoratore con un altro lavoratore subordinato. L'errore concettuale sottostante a questo orientamento — che è peraltro tra i più consolidati, in giurisprudenza come in dottrina — sta nel non considerare la perfetta identità sostanziale del motivo economico sottostante alla sostituzione del lavoratore con una macchina rispetto al motivo della sostituzione con un altro lavoratore: in entrambi i casi il motivo consiste nell'interesse dell'imprenditore a eliminare un costo-opportunità. E questo costo può essere assai superiore nel caso della mancata sostituzione del lavoratore A con il lavoratore B, rispetto al caso della mancata sostituzione del lavoratore A con la macchina; non vi è dunque alcun motivo logico per considerare legittima la seconda sostituzione e non la prima. Questo non significa, beninteso, che il licenziamento debba considerarsi sempre legittimo in entrambi i casi, né che in entrambi i casi esso debba considerarsi sempre illegittimo: significa soltanto che il criterio non può essere costituito dalla distinzione tra soppressione del posto e sostituzione del lavoratore.

Vero è che il rifiuto della sostituzione di un lavoratore con un altro risponde all'esigenza generale di limitazione della concorrenza tra i lavoratori, esigenza che fin dalle origini ispira il diritto del lavoro e il movimento sindacale. Lo stesso rifiuto, del resto, è praticato sistematicamente anche dalla giurisprudenza d'oltr'Alpe (173). Ma il criterio basato sulla distinzione tra soppressione del posto e sostituzione di un lavoratore, oltre a essere improponibile sul piano logico, come si è visto poc'anzi, pone problemi irrisolvibili anche in sede di applicazione pratica. Si pensi al caso dell'impresa che sostituisce un anziano dattilografo dotato di macchina per scrivere tradizionale con un giovane che conosce la videoscrittura e gli altri programmi informatici: è un caso di sostituzione del lavoratore vecchio con un giovane che costa meno e rende di più, o è soppressione di un posto di dattilografo e attivazione di un posto di contenuto professionale diverso? Si pensi, ancora, al caso dell'impresa che sostituisce un fattorino ciclista privo di patente di guida con uno che ne è dotato e può guidare un furgoncino aziendale: è un caso di sostituzione di un lavoratore che rende poco con uno più efficiente, o un caso di soppressione del posto di ciclista e attivazione di un posto di autista? In questi casi di confine il giudice, anche quando motiva formalmente la sentenza con l'accertamento che si è trattato di soppressione del posto, oppure di sostituzione del lavoratore, in realtà fonda la decisione sull'entità del vantaggio che l'impresa trae dall'operazione: se il vantaggio è ingente, il licenziamento ha buone probabilità di essere convalidato, altrimenti no. Ma così facendo, in realtà, il giudice ragiona sull'entità del costo-opportunità risparmiato dall'impresa con il licenziamento, che è quanto dire sull'entità della perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto di lavoro: se quel costo supera una certa soglia ritenuta dal giudice ragionevole il licenziamento è giustificato, altrimenti no.

Si dà, certo, anche il caso in cui l'impresa effettivamente sopprima puramente e semplicemente un posto di lavoro, riducendo corrispondentemente il proprio organico e la propria attività. Ma anche in questo caso non mi sembra corretto l'orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante, secondo il quale il licenziamento è senz'altro legittimo: la scelta che lo sottende, infatti, potrebbe essere determinata dalla prospettiva di evitare una perdita attesa di entità minima; e abbiamo visto come non sia sufficiente una perdita qualsiasi per giustificare la risoluzione del rapporto di lavoro: anche in questo caso si pone un problema di entità della perdita attesa e di superamento o no della soglia al di sopra della quale la perdita stessa giustifica il licenziamento (sulla possibilità di un discorso in tutto e per tutto analogo in riferimento al caso della cessazione di attività dell'intera impresa, v. *infra*, sub l).

e) *La regola giurisprudenziale del c.d. repêchage.* — Un'altra massima ricorrente è quella secondo la quale neppure la soppressione del posto di lavoro basterebbe per giustificare il licenziamento, dovendo il datore di lavoro dimostrare altresì di non poter riutilizzare il lavoratore in altra posizione, anche di contenuto professionale diverso rispetto alla precedente (174); analogo onere della prova viene fatto gravare sul datore nel caso in cui sopravvenga una impossibilità per il lavoratore di svolgere le proprie vecchie mansioni, ma residui una sua capacità di svolgerne altre (175). Va osservato, a questo proposito, che se con lo spostamento del lavoratore ad altre mansioni l'imprenditore potesse attendersi dalla prosecuzione del rapporto un sia pur minimo profitto, o anche soltanto un pareggio tra costi e benefici, egli non avrebbe alcun interesse a licenziare quel lavoratore e procederebbe al *repêchage* spontaneamente, senza necessità che sia l'ordinamento a imporglielo. Se il *repêchage* deve essergli imposto, come vincolo derivante dall'interpretazione e applicazione della legge, ciò significa che da questa operazione l'impresa si attende una qualche perdita futura. Il limite dell'obbligo di *repêchage* corrisponde dunque, secondo logica, alla soglia massima della perdita che all'impresa può essere imposta (ovvero al limite entro il quale dovrà considerarsi sopportabile lo sbilancio tra l'utilità che potrà trarsi dal nuovo lavoro assegnato al lavoratore e i relativi costi). Ancora una volta, la questione cruciale riguarda la soglia massima della perdita attesa che può essere imposta al datore di lavoro.

f) *Le aporie della giurisprudenza in materia di scarso rendimento.* — Abbiamo visto a suo luogo (§ 279) come i giudici del lavoro tendano per lo più a ravvisare nello « scarso rendimento » (*rectius*: difetto di intensità della prestazione) una giustificazione del licenziamento soltanto quando tale difetto sia in qualche modo imputabile a negligenza del lavoratore (176), volendosi con ciò impedire che questi venga sostituito con un altro prestatore soltanto perché « oggettivamente » meno produttivo; ad esempio: perché meno giovane, meno robusto, meno intelligente, o meno colto. Esiste però sempre un limite massimo oltre il quale anche la differenza di rendimento incolpevole giustifica il licenziamento.

L'orientamento dei giudici su questa materia può considerarsi, a ben vedere, come un'espressione particolare della massima giurisprudenziale che consente il licenziamento soltanto se conseguente alla soppressione del posto di lavoro, ma non se conseguente alla sostituzione di un lavoratore con un altro (v. *supra*, sub d): il lavoratore incolpevole non può essere sostituito. Abbiamo appena visto, però, come la distinzione tra soppressione e sostituzione nasconda in realtà una valutazione del giudice circa il costo-opportunità che l'imprenditore si propone di evitare con il licenziamento del lavoratore: se quel costo-opportunità supera la soglia della perdita che il giudice ritiene ragionevolmente accollabile all'impresa, il licenziamento è giustificato nonostante la sostituzione del lavoratore. Lo stesso identico ragionamento può proporsi (e di fatto, a ben vedere, viene seguito dai giudici) in materia di licenziamento per scarso rendimento: se il difetto incolpevole di rendimento supera la soglia di tollerabilità, il giudice qualificherà la fattispecie in termini di impedimento oggettivo sopravvenuto della prestazione. Anche in questa materia, dunque, la questione non può ridursi soltanto all'accertamento della colpa del lavoratore: il minor rendimento incolpevole di un lavoratore rispetto a un altro non ne giustifica *normalmente* il licenziamento, ma lo giustifica quando la differenza supera una soglia, oltre la quale il costo-opportunità costituirebbe una perdita non ragionevolmente accollabile all'impresa.

g) *La questione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento individuale.* — Va rafforzandosi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale anche nel licenziamento individuale per motivo oggettivo il datore di lavoro è tenuto ad applicare un criterio ragionevole di scelta del lavoratore tra quelli svolgenti mansioni uguali o simili (177). La regola trova agevole fondamento nell'applicazione analogica di quanto stabilito esplicitamente a questo proposito dalla legge per il licenziamento collettivo (art. 5 della legge n. 223/1991: § 541) (178) e nel principio generale di buona fede (art. 1375 c.c.); ma può considerarsi anche come corollario della clausola generale contenuta nell'art. 3 della legge n. 604/1966, dovendo essere giustificato non soltanto il licenziamento di un lavoratore svolgente un determinato tipo di mansioni, ma anche il fatto che tra più lavoratori fra loro fungibili in tale posizione la scelta cada su di uno piuttosto che su di un altro, in considerazione del pregiudizio diverso che la perdita del posto può causare all'uno rispetto all'altro, soprattutto a causa dell'età (l'anziano ha maggiori difficoltà nel reperimento della nuova occupazione e nella riqualificazione professionale che per questo si renda necessaria) e dei carichi di famiglia (179).

Il problema pratico nasce dal fatto che la nozione di fungibilità tra lavoratori può essere intesa in modi diversi: si può ritenere che un lavoratore sia fungibile rispetto a un altro soltanto quando possa essergli sostituito immediatamente, senza necessità di alcun addestramento, oppure quando la sostituzione richieda un periodo di addestramento breve, oppure anche quando essa richieda un addestramento più impegnativo e costoso; si può ritenere che un lavoratore sia fungibile rispetto a un altro soltanto quando possa sostituirlo senza alcuna perdita di produttività, oppure quando la perdita di produttività non superi un certo limite.

Dalle decisioni dei giudici del lavoro su questo punto si deduce in sostanza che la fungibilità a cui essi fanno riferimento sussiste solo se la somma di costi di riaddestramento e costi-opportunità non supera un certo limite. Ancora una volta, nel silenzio della legge, la determinazione di questo limite dipende dall'orientamento del giudice e dalla sua personale propensione ad attribuire maggior peso alle esigenze aziendali o al pregiudizio sofferto dal lavoratore in conseguenza del licenziamento. Così, ad esempio, sovente l'impresa ha interesse a licenziare il lavoratore anziano e a tenere il più giovane, in quanto — a parità di qualificazione professionale e addestramento — quest'ultimo è più

produttivo e più versatile; se la differenza di produttività fra i due è dovuta soltanto all'età, essa difficilmente è di entità tale da giustificare la scelta di licenziare l'anziano; se però la differenza di produttività è aumentata dal fatto che solo il giovane possiede capacità informatiche particolarmente utili per il processo produttivo, è possibile che questa circostanza sia considerata suscettibile di giustificare la scelta di licenziare l'altro. Anche la determinazione della nozione di fungibilità applicabile per la scelta del lavoratore da licenziare rimanda, dunque, alla questione cruciale della soglia massima della perdita che può essere accollata all'impresa: cioè alla stessa questione che si pone in materia di soppressione del posto o sostituzione del lavoratore e in materia di *repêchage*.

Si registrano massime contrastanti sul punto se i criteri di scelta debbano essere applicati tra i lavoratori dell'intera azienda o soltanto tra quelli della sola unità produttiva nella quale si procede a un licenziamento (180). Il dilemma è agevolmente risolvibile se lo si imposta in termini di entità della perdita massima accollabile all'imprenditore: in questo ordine di idee, la fungibilità effettiva tra lavoratori operanti in unità produttive diverse dipende, a parità di ogni altra condizione, dal costo del loro trasferimento dall'una all'altra, che a sua volta dipende per lo più dalla distanza geografica tra di esse. Ciò che al giudice spetta di valutare, anche in questo caso, è se tale costo, sommato agli altri di varia natura derivanti dalla sostituzione, sia di entità tale da poter essere ragionevolmente accollato all'impresa, oppure no.

h) *Un caso particolare di perdita attesa: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa.* — La sopravvenienza negativa oggettiva generatrice della perdita attesa può consistere in un impedimento della prestazione assoluto ma temporaneo.

Quando si tratti di malattia o infortunio, si applica la regola del comportamento (§ 390), che consiste in sostanza nella predeterminazione della durata massima dell'impedimento, oltre la quale il licenziamento è giustificato. La giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina del comportamento nel caso dell'infermità irreversibile: in tal caso il lavoratore potrebbe essere licenziato immediatamente (181). Questo orientamento non mi convince: non riesco a comprendere per quale motivo ragionevole l'ordinamento dovrebbe escludere dalla copertura assicurativa garantita dal contratto al lavoratore l'infermità permanente, che è evento più grave e socialmente pericoloso rispetto all'infermità temporanea; ed è evento non sempre facilmente distinguibile dall'infermità temporanea.

L'impedimento può anche essere di natura diversa dall'infermità psico-fisica, come nel caso dell'arresto o carcerazione, oppure della sospensione dell'autorizzazione amministrativa a svolgere determinate mansioni (si pensi al caso della sospensione della patente di guida di un lavoratore addetto alla conduzione di automezzi), oppure ancora della scadenza del permesso di soggiorno di un lavoratore extra-comunitario (182). In riferimento ai casi di questo genere, prevale in giurisprudenza la tesi secondo cui sarebbe applicabile l'art. 1464 c.c. (impossibilità parziale *ratione temporis*), rispetto a quella secondo cui sarebbe applicabile l'art. 1256, 2° c., c.c. (impossibilità temporanea della prestazione) (183). Questo orientamento mi sembra senz'altro condivisibile, poiché il secondo comma dell'art. 1256 è esplicitamente riferito soltanto alle prestazioni istantanee, *uno actu* (solo queste, a ben vedere, non le prestazioni a carattere continuativo, sono suscettibili di «ritardo» nell'esecuzione). Quanto all'art. 1464, esso, se riferito all'impossibilità parziale *ratione temporis* di una prestazione a carattere continuativo, qual è quella di lavoro subordinato, consente il recesso del creditore quando venga meno un suo «interesse apprezzabile» alla parte prevedibile di prestazione futura che tornerà a essere possibile dopo la cessazione dell'impedimento. In materia di lavoro subordinato — rapporto a esecuzione continuata — la nozione di «interesse apprezzabile» non può che essere interpretata nel senso della prevedibilità, al tempo stesso, di una apprezzabile utilità della prestazione futura, di cui ci si possa attendere la ripresa a breve termine, ma anche e soprattutto nel senso della non prevedibilità di un costo di sostituzione temporanea del lavoratore talmente elevato da non poter essere ragionevolmente accollato all'imprenditore; e in tale previsione non potrà non tenersi conto anche dell'incertezza circa la durata dell'impedimento (184). Anche in questo caso, in sostanza, può ritenersi che il datore di lavoro debba farsi carico del rischio dell'impedimento, ma soltanto entro un limite ragionevole, oltre il quale l'impedimento medesimo costituisce giustificato motivo di recesso; anche in questo caso, dunque, come in tutti quelli esaminati sopra, al giudice competono in ultima analisi due operazioni: valutare la perdita attesa nel caso concreto e stabilire se essa sia compresa o no nella «copertura assicurativa» dovuta dal datore al prestatore; se la perdita attesa eccede il «massimale» assicurato, il licenziamento è giustificato (185).

Quando l'impedimento fisico del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali abbia carattere definitivo, numerose sentenze dell'ultimo decennio affermano che il licenziamento è giustificato soltanto in quanto non sia «ragionevolmente possibile» adibire il lavoratore ad altre mansioni, anche di contenuto quantitativamente ridotto (§ 386) o professionalmente inferiore (§§ 288 e 393) rispetto a quelle originarie (186). Si pone qui la stessa questione di cui si è discusso trattando del c.d. *repêchage* (v. *supra*, *sub e*): quella, cioè, di stabilire il limite della perdita suscettibile di essere imposta all'imprenditore in funzione del reinserimento del lavoratore in un'altra posizione in seno all'azienda in cui egli possa svolgere un'attività utile; essendo ovvio, anche in questo caso, che se vi fosse una possibilità di spostamento del lavoratore senza perdita attesa per l'azienda, o addirittura con prospettiva di profitto,

l'imprenditore disporrebbe spontaneamente in tal senso senza alcuna necessità che l'ordinamento ve lo costringa. L'obbligo di *repêchage* del lavoratore irreversibilmente impedito alle mansioni precedenti ha un senso soltanto in quanto esso impone al datore di lavoro di accollarsi una perdita attesa, la cui entità massima, però, nel nostro ordinamento attuale non viene precisata: spetta al giudice caso per caso determinarne l'entità, distinguendo il reinserimento che può essere ragionevolmente imposto al datore da quello che comporterebbe una perdita eccessiva. Quando l'impedimento sia causato dalla sottoposizione del lavoratore a misura di custodia cautelare in carcere o arresto domiciliare a norma degli artt. 284 o 285 c.p.p., nella valutazione della legittimità del licenziamento occorre tenere conto anche della disciplina speciale della materia contenuta, come si è già visto (§ 190), nell'art. 102-*bis* aggiunto al d.lgs. 28 luglio 1989 n. 171 (norme di attuazione del nuovo codice di procedura penale) dall'art. 24 della legge 8 agosto 1995 n. 332: la norma prevede la ricostituzione del rapporto nel momento in cui sopravvenga un provvedimento di archiviazione, assoluzione, proscioglimento o non luogo a procedere. La disposizione in esame, limitandosi a prevedere la reviviscenza di un rapporto, non toglie validità ed efficacia al licenziamento, la cui legittimità deve sempre essere valutata soltanto *ex ante*, cioè in relazione alla situazione esistente al momento in cui esso viene disposto (187). Proprio la garanzia di ricostituzione del rapporto nel caso in cui il lavoratore risulti incolpevole consente, anzi, di ritenere che — in una logica di bilanciamento degli interessi in gioco — lo spazio del licenziamento legittimo al momento dell'arresto del lavoratore risulti ampliato dalla norma in esame, dal momento che ora il lavoratore è indifferente a tale scelta del datore di lavoro: se infatti l'arresto si rivelerà imputabile a responsabilità penale del lavoratore medesimo, esso non potrà considerarsi come impedimento incolpevole e chi lo ha subito non sarà meritevole di protezione a carico del datore; ma in attesa della conclusione del procedimento penale quest'ultimo deve comunque farsi carico dell'eventualità che il lavoratore risulti innocente e il rapporto debba essere conseguentemente ricostituito. Anche dopo il licenziamento il datore sopporta, così, il costo dell'impossibilità della sostituzione definitiva del lavoratore, esattamente come se il rapporto fosse rimasto invece sospeso. In altre parole, per effetto della norma in esame, in riferimento al caso dell'arresto il debito assicurativo del datore nei confronti del lavoratore assume un contenuto particolare rispetto al caso generale dell'impedimento incolpevole: si tratta sempre di sopportare il costo dell'impossibilità di sostituire definitivamente il lavoratore, ma in questo caso tale impossibilità non nasce dal mantenimento in vita del rapporto fino alla cessazione dell'impedimento, bensì dall'eventualità della sua ricostituzione *ex lege*. Resta da chiedersi, a questo proposito, se non sia irragionevole far carico al datore di lavoro di una situazione di incertezza, circa la possibile reviviscenza del rapporto, che non è eliminata neppure dall'eventuale passaggio in giudicato di una sentenza civile di convalida del licenziamento: anche in questo caso l'incertezza può protrarsi per anni, attraverso le alterne vicende del procedimento penale a carico del lavoratore (si osservi che la reintegrazione può conseguire anche a sentenza penale di assoluzione non definitiva, cui può fare poi seguito una sentenza di condanna), con conseguente possibilità di illimitato aggravamento del costo del debito di sicurezza che viene accollato al datore nei confronti del prestatore. L'assenza di un «massimale» di questa «copertura assicurativa» fa sì che essa possa trasformarsi in un obbligo sostanzialmente assistenziale, contrastante con il principio di cui all'ultimo comma dell'art. 38 Cost. (§ 39) e per lo più insostenibile quando esso gravi sul titolare di un'impresa di piccole dimensioni (188). La soluzione adottata dal legislatore del 1995 è peraltro discutibile anche sul piano dell'opportunità: nel corso del procedimento penale, infatti, il lavoratore può tornare in libertà, senza però avere ancora diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro perché non ancora assolto; in tale situazione, che può protrarsi anche a lungo, la prospettiva della reintegrazione possibile induce per lo più il lavoratore a non cercare o a trascurare nuove occasioni di lavoro stabile, che potrebbero invece, a conti fatti, essere vantaggiose per lui come per l'ex-datore di lavoro.

La norma in esame nasce, a ben vedere, dalla sfiducia del legislatore nella capacità del mercato del lavoro di offrire opportunità di occupazione a chi abbia perso il posto, soprattutto quando la perdita sia dovuta alla sottoposizione a procedimento penale: la sentenza di assoluzione sovente non basta a dissipare ogni sospetto. Ma un sistema moderno ed evoluto dovrebbe essere in grado di affrontare efficacemente anche i problemi occupazionali di chi soffre di un *handicap* sociale quale quello di chi abbia subito un arresto e un procedimento penale, così come dello *handicap* ancor più grave di chi abbia subito una condanna e abbia scontato (o stia scontando in semilibertà) una pena, con servizi di assistenza intensiva capaci di neutralizzare tali vere e proprie menomazioni e con interventi di sostegno del reddito del disoccupato, che potrebbero anche tener conto del dovere dello Stato di risarcire adeguatamente chi abbia perso il lavoro a causa di detenzione ingiusta.

i) *La questione dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali.* — Ricorre quasi come una formula di rito nella nostra giurisprudenza — come del resto in quella d'oltr'Alpe (189) — l'affermazione secondo la quale le valutazioni e le scelte dell'imprenditore circa l'organizzazione o le dimensioni dell'azienda sarebbero insindacabili, dovendo il giudice del lavoro limitarsi a controllare che esse siano state effettivamente attuate e che il licenziamento ne costituisca una conseguenza necessaria (190). Se questa enunciazione non fosse soltanto rituale e i giudici che la inseriscono nelle proprie sentenze si attenessero rigorosamente a ciò che essa significa, la regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ne risulterebbe svuotata di ogni contenuto pratico, cioè la limitazione della facoltà di recesso dell'imprenditore verrebbe meno quasi del tutto (191): escluso, infatti, il caso del motivo illecito o capriccioso, che come si è visto determina la nullità dell'atto indipendentemente dall'art. 3 della legge n. 604/1966 (§ 514), ed escluso il motivo disciplinare, all'origine dell'atto risolutivo sta sempre essenzialmente una valutazione prognostica circa una



perdita economica apprezzabile conseguente alla prosecuzione del rapporto, determinata da un costo contabile (e' questo il caso della pura e semplice soppressione del posto con corrispondente riduzione di attivita') e/o da un costo opportunità (nel caso della sostituzione del lavoratore con un altro, o con una macchina); e l'intervento del giudice, in applicazione della regola del giustificato motivo oggettivo, non puo', logicamente, che appuntarsi su quella valutazione prognostica, consistendo proprio nel controllo della sua idoneita' a costituire motivo giustificato di licenziamento.

Conciliare il controllo di quella valutazione prognostica con la sempre proclamata insindacabilita' delle scelte dell'imprenditore e' difficile. Sovente nella motivazione della sentenza il problema viene risolto affermandosi la necessita' di un controllo giudiziale sulla genuinita' della scelta accampata dall'imprenditore: l'annullamento del licenziamento non conseguirebbe all'accertamento del fatto che l'imprenditore ha compiuto una scelta sbagliata, ma del fatto che l'imprenditore in realta' non l'ha compiuta, oppure ne ha compiuta una «pretestuosa», non genuina (192), oppure «non veramente necessaria» (193); ma se si esaminano le singole vicende piu' da vicino, e' agevole convincersi che in realta', nella maggior parte dei casi, il giudice entra profondamente nel merito della scelta, si ingerisce senza riguardi nella gestione dell'azienda. L'insindacabilita' delle scelte dell'imprenditore, affermata in una parte della sentenza, viene di fatto svuotata di significato in altra parte, dove il giudice afferma che grava comunque sul datore l'onere di provare la «reale esistenza» dei motivi adottati, il «nesso di causalita'» fra tali motivi e il singolo licenziamento, l'«effettiva impossibilita'» di adibire utilmente il lavoratore licenziato a mansioni diverse da quelle che egli gia' svolgeva (194); il che equivale a dire: organizza pure l'azienda come vuoi, ma alla fine sarò sempre io (giudice) a decidere se è ragionevole — e quindi dovuto — che quel lavoratore continui a lavorare per te oppure no (195).

In numerose sentenze viene particolarmente enfatizzata, a questo proposito, la distinzione tra «scelta sottostante» — riguardante l'organizzazione, l'indirizzo o le modalita' dell'attivita' produttiva, oppure le dimensioni dell'azienda — e scelta conseguente di licenziare un determinato lavoratore: insindacabile la prima, sarebbe sindacabile soltanto la seconda (196). Senonche' anche quella distinzione appare incompatibile con il divieto di licenziamento ingiustificato posto dalla legge: il controllo giudiziale che questo comporta non puo' non investire in qualche misura anche le scelte organizzative o di indirizzo produttivo dell'imprenditore. Consideriamo, ad esempio, il caso del licenziamento di una centralinista monoglotta, sostituita con un'altra che sa parlare il tedesco, e ipotizziamo che il motivo del licenziamento sia costituito dagli affari che l'impresa sta incominciando a coltivare con un cliente tedesco; se dall'istruttoria giudiziale risultera' che si tratta di un affare occasionale, il giudice probabilmente considerera' insufficiente l'esigenza aziendale adottata dall'imprenditore per giustificare il licenziamento (in altre parole: il giudice riterra' che il costo-opportunita' derivante dalla prosecuzione del primo rapporto di lavoro sia inferiore alla soglia minima necessaria perche' esso costituisca giustificato motivo di recesso); ma cosi' facendo il giudice entrera' inevitabilmente nel merito della scelta organizzativa dell'imprenditore, valutando la sua utilita' effettiva per l'impresa, ovvero la perdita che, non attuando quella scelta, l'impresa subirebbe.

La distinzione tra «scelta sottostante», di cui si pretende l'insindacabilita', e scelta (sindacabile) di licenziare un determinato lavoratore e', del resto, sostanzialmente contraddetta dagli orientamenti giurisprudenziali di cui si e' detto sopra, concernenti l'obbligo del *repêchage* (197), o l'applicazione di un criterio ragionevole nella scelta del lavoratore da licenziare: quando il giudice valuta la possibilita' (*rectius*: la non eccessiva onerosita') dello spostamento di un lavoratore da una posizione all'altra in seno all'azienda, o la fungibilita' di un lavoratore con un altro, egli interviene proprio sull'organizzazione aziendale, sulle modalita' dell'attivita' produttiva, discriminando esigenze di cui occorre tener conto da esigenze che devono essere considerate non rilevanti. Consideriamo, ad esempio, il caso di un imprenditore che decida di licenziare un venditore esperto di un settore merceologico in crisi; ipotizziamo che il venditore licenziato sostenga di essere in grado di vendere anche prodotti diversi trattati dall'impresa, in settori nei quali il mercato «tira» e gli addetti alle vendite sono sovraccarichi di lavoro; in omaggio alla regola del *repêchage*, il giudice presumibilmente non rifiutera' di valutare la fondatezza di questa allegazione, bensì cerchera' di accertare se e quanto essa corrisponda al vero; egli cerchera' quindi, in sostanza, di confrontare il costo contabile derivante dalla prosecuzione del rapporto di lavoro con l'utilita' che potrebbe derivare all'impresa dal potenziamento di un altro reparto; oppure valtera' la fungibilita' tra quel venditore e uno degli altri piu' giovane o con minori carichi di famiglia, per decidere quale dei due debba essere licenziato; l'eventuale giudizio di illegittimita' del licenziamento si fondera' in ogni caso su di una vera e propria scelta organizzativa, nella quale il giudice si sara' sostituito all'imprenditore (198). Detto questo, la questione dell'insindacabilita' delle scelte organizzative dell'imprenditore non puo' pero' essere elusa: essa si pone sul piano teorico, poiche' il principio della liberta' d'impresa (art. 41 Cost.) obbliga l'interprete a chiarire il limite entro il quale il giudice puo' sostituirsi all'imprenditore nelle sue valutazioni e nelle sue scelte; essa si pone inoltre sul piano pratico, per la grave difficolta' tecnica in cui il giudice si trova — e chiunque altro al suo posto si troverebbe — quando gli si chiede di sovrapporre la propria valutazione e le proprie scelte a quelle dell'imprenditore. La realta' e' che, in linea generale, nessuno e' in grado di prevedere in concreto costi e utilita' di un rapporto di lavoro per una determinata azienda meglio di quanto possa farlo l'imprenditore. Questi puo', certo, sbagliare i propri conti, e sovente li sbaglia, ma in tal caso paga di tasca propria: nessuno, dunque e' piu' motivato di lui a evitare gli errori. I problemi del giudice investito della controversia sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento, quando si trova di fronte all'imprenditore che dichiara la propria previsione di perdita, sono essenzialmente due: innanzitutto accertare che questi non metta nel conto anche utilita' illecite; inoltre accertare che egli non dichiari una perdita maggiore di quella

che effettivamente prevede, per sottrarsi al «debito assicurativo» (obbligo di sopportare la perdita fino a un certo limite) che la legge gli impone. Il primo problema — verificare che non vi siano in realtà motivi illeciti — non è il più difficile da risolvere, sul piano pratico: dove il lavoratore alleggi la sussistenza di motivi discriminatori, di rappresaglia, o anche soltanto futili o capricciosi (cioè che, peraltro, nella maggior parte dei casi non accade), il giudice ben può fondare la propria decisione anche soltanto su presunzioni semplici, fondate sulle circostanze e sul suo fiuto.

Ipotizziamo ora che i motivi illeciti non siano allegati o non ve ne sia traccia; a questo punto si tratta di verificare la sincerità della dichiarazione dell'imprenditore circa la perdita attesa; e c'è un solo modo in cui questa può essere verificata con precisione assoluta: accertare quanto l'imprenditore stesso è disposto a pagare per ottenere la cessazione del rapporto. L'ammontare di ciò che l'imprenditore è disposto a pagare è infatti sicuramente inferiore all'entità della perdita da lui attesa in conseguenza della prosecuzione del rapporto; la conoscenza di quell'ammontare consente pertanto di accertare con sicurezza se la perdita attesa supera quello che il giudice considera come limite massimo di perdita ragionevolmente accollabile all'impresa.

Si tratta, in sostanza, di «vedere le carte» all'imprenditore, utilizzando l'ipotetico costo di risoluzione del rapporto (il c.d. *firing cost*) come «filtro automatico» delle sue scelte, nel rispetto più rigoroso dell'insindacabilità delle stesse; ovvero utilizzando quello che gli economisti chiamano il *revelation principle* (199). Sul piano pratico, la cosa dovrebbe funzionare così: quando possano escludersi i motivi illeciti, il giudice nel corso del tentativo di conciliazione indica quella che egli ritiene essere la soglia, ovvero la perdita (o «copertura assicurativa») massima che può essere imposta all'impresa; se l'imprenditore è disposto a pagare altrettanto al lavoratore, questo significa che la perdita da lui attesa è superiore e che quindi il licenziamento è giustificato. Riterrei meglio che fosse la legge a istituire questo «filtro automatico» stabilendo il criterio per la determinazione della soglia in relazione alle variabili rilevanti (v. *infra, sub m*); ma se non lo fa la legge, nulla vieta che sia il giudice a farlo, anche prima dell'emanazione della sentenza (200); e anzi ciò è per molti aspetti consigliabile, proprio per la maggiore trasparenza che la sua decisione in questo modo assume e per il rispetto rigoroso che viene così (e solo così) garantito dell'insindacabilità delle scelte organizzative e delle valutazioni dell'imprenditore. In questo modo, oltretutto, l'esplicitazione iniziale da parte del giudice dell'entità della perdita massima che egli ritiene accollabile all'impresa consente al lavoratore, nel caso in cui la perdita attesa sia effettivamente superiore, di ottenere in sede conciliativa un indennizzo che, altrimenti, la sentenza di convalida del licenziamento oggi non può dargli.

Allo stato attuale del diritto positivo, ovviamente, il datore di lavoro potrà rifiutare di pagare al lavoratore la somma indicata dal giudice in sede di tentativo di conciliazione, riservandosi di dimostrare altrimenti, nel prosieguo del giudizio, che la perdita attesa è superiore. Ma l'esperienza insegna che fornire questa prova in altro modo è solitamente assai difficile, essendo l'aleatorietà del giudizio altissima e non altrimenti eliminabile; e che pertanto in questa materia, quando il giudice fa una proposta transattiva ragionevole, al datore di lavoro conviene sempre pagare. Questo discorso presuppone, ovviamente, che tanto la perdita attesa dall'imprenditore, quanto la soglia costituente il giustificato motivo oggettivo, siano grandezze di natura esclusivamente patrimoniale, sempre suscettibili di essere espresse in termini monetari. Chi ritiene che non sia così, cioè afferma l'esistenza, nel concetto di giustificato motivo oggettivo, di un elemento non patrimoniale (201), deve spiegare in che cosa tale elemento consista; ma l'art. 3 della legge n. 604/1966 parla a questo proposito di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»: non mi è dato individuare alcuno spazio, in questa nozione, per elementi di natura non patrimoniale, cioè comprendere quali possano essere le «ragioni» a cui la norma fa riferimento, se non consistenti in una perdita attesa, esprimibile in termini monetari (202).

Si osservi che il discorso non cambia nel caso in cui si ritenga che la soglia costituente il giustificato motivo dipenda anche dall'entità del pregiudizio subito dal lavoratore per effetto del licenziamento (di questo discutiamo nel paragrafo che segue). È vero, infatti, che a quel pregiudizio, il quale investe anche la persona del lavoratore, possono contribuire al tempo stesso componenti di natura patrimoniale e non patrimoniale; ma è altrettanto vero che, anche quando quel pregiudizio influisca sulla definizione del g.m.o., quest'ultimo è pur sempre costituito, per sua natura intrinseca, soltanto da una perdita destinata a essere subita *dall'imprenditore* in quanto tale: da una perdita, dunque, di natura esclusivamente patrimoniale. È infatti quella perdita attesa — e quella soltanto (v. *supra, sub a*) — che può giustificare, o non giustificare perché troppo esigua, il licenziamento finalizzato a evitarla.

1) *La scelta dell'imprenditore di cessare l'attività e il fallimento dell'impresa.* — Un punto sul quale si registra una notevolissima concordanza di vedute in dottrina e in giurisprudenza, almeno sul piano teorico, è l'insindacabilità assoluta della scelta dell'imprenditore di cessare la propria attività: insindacabilità che viene per lo più fondata sul principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. (203). Ma anche questo punto merita di essere discusso, nell'ordine di idee proposto nelle pagine che precedono.

Dal punto di vista microeconomico, è previsione di una perdita anche il motivo che induce al licenziamento il datore di lavoro intenzionato a cessare la propria attività imprenditoriale per vecchiaia o disaffezione: in questo caso la disutilità della prosecuzione dell'attività per l'imprenditore, in termini di sacrificio personale (valutato, ovviamente, dal suo punto di vista soggettivo e costituito anche da tedio, o dall'impedimento a godersi altrimenti la vita), supera l'utilità che egli può trarne. Se l'azienda non è in perdita, il titolare può cederla a un altro imprenditore, evitando in tal modo i licenziamenti; ma egli non può essere obbligato a farlo, se la scelta di chiudere è insindacabile. La tesi della assoluta

insindacabilità della scelta di chiudere l'azienda — purché si tratti di scelta effettiva e non simulata — (204) implicherebbe un'indifferenza assoluta dell'ordinamento in proposito, indifferenza che costituirebbe un'eccezione alla regola generale del giustificato motivo oggettivo di licenziamento come definita nelle pagine che precedono: qui il licenziamento sarebbe legittimo in ogni caso, anche quando dalla prosecuzione del rapporto l'imprenditore si attenda una perdita (intesa nel senso sopra precisato) di entità minima.

Il problema non si risolve col riferimento all'art. 2119 c.c., che esclude espressamente la configurabilità della giusta causa nel fallimento dell'impresa datrice di lavoro (205); e neppure con il riferimento all'art. 2112, che esclude la legittimità del licenziamento in vista della cessione dell'azienda (§ 548). Né l'una né l'altra norma prevedono che venga sottoposta a controllo la scelta dell'imprenditore, o del curatore fallimentare, se chiudere l'azienda, oppure cederla a chi possa continuare a gestirla. Contro la tesi della libertà totale di licenziamento per cessazione dell'attività milita invece un altro argomento sistematico assai rilevante: il secondo comma dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223, recante la disciplina dei licenziamenti collettivi (§ 536), stabilisce l'integrale applicabilità di quella disciplina restrittiva «anche quando le imprese ... intendano cessare l'attività». I «costi di licenziamento» assai rilevanti che questa norma impone all'imprenditore per il licenziamento collettivo costituiscono altrettanti filtri delle scelte che vi sono sottese, anche quando esse si concretano nella chiusura totale ed effettiva dell'azienda. Se dunque, nel caso di cessazione dell'attività, è assoggettato ai filtri posti dall'ordinamento il recesso del datore nella forma del licenziamento collettivo, parrebbe che debbano ritenersi applicabili in questo caso anche i filtri posti per il recesso del datore nella forma del licenziamento individuale. Se ne può concludere, a mio modo di vedere (ma dottrina e giurisprudenza sono, come si è detto, orientate nel senso opposto), che la regola del giustificato motivo si applichi, anche nel caso di licenziamento individuale per chiusura dell'azienda, nel senso che anche in questo caso la legittimità del recesso dipenda dalla prevedibilità di una perdita superiore all'entità massima che il giudice ritiene ragionevolmente accollabile all'imprenditore: perdita attesa dimostrata dal fatto che quest'ultimo sia realmente disposto a pagare, per la cessazione del rapporto, una somma pari a quell'entità massima. In altre parole: la «copertura assicurativa» in favore del prestatore di lavoro, che con la disciplina limitativa del licenziamento individuale l'ordinamento impone all'imprenditore, dovrebbe a mio avviso estendersi anche al rischio della sopravvenuta sua pigrizia o disaffezione, sempre entro il limite del «massimale» oltre il quale si configura il giustificato motivo oggettivo. In questo ordine di idee, anche il ragionamento sul licenziamento per chiusura dell'azienda rimanda alla questione cruciale dell'individuazione di quel limite.

m) *La determinazione della soglia. Rilevanza o no del pregiudizio subito dal lavoratore nel caso concreto.* — Si discute se per la determinazione della perdita attesa massima accollabile all'impresa (che è quanto dire la perdita attesa minima idonea a giustificare il licenziamento) debba adottarsi un criterio generale indifferente al pregiudizio che dal licenziamento deriva in concreto per il singolo lavoratore, o se invece debba ritenersi necessaria una perdita attesa più alta quando il pregiudizio per il lavoratore sia più grave, e viceversa. La questione ha un notevole rilievo pratico: se infatti si attribuisce peso al pregiudizio sofferto dal lavoratore in concreto, ne consegue una limitazione più grave della facoltà di recesso del datore là dove il mercato del lavoro presenta un tasso di disoccupazione più elevato, nonché nei casi in cui il lavoratore ha maggiori carichi di famiglia ed è più avanti negli anni.

L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione anche in materia di licenziamenti individuali della norma sui criteri di scelta, dettata dalla legge per i licenziamenti collettivi (v. *supra*, lett. g), sembra confermare la rilevanza anche nel licenziamento individuale del pregiudizio sofferto dal lavoratore in concreto: due di quei criteri attribuiscono infatti rilievo, rispettivamente, ai carichi di famiglia e all'anzianità del lavoratore. Nessun riferimento è invece dato reperire in alcuna norma di legge al possibile rilievo delle condizioni del mercato del lavoro; è tuttavia plausibile che anche queste pesino di fatto nelle decisioni giudiziali (206), nonostante che di ciò, per quel che mi consta, non sia mai stata fatta menzione nella motivazione di una sentenza. L'attribuzione di un peso alle condizioni del mercato del lavoro — ben comprensibile come comportamento tacito del singolo giudice del lavoro — è tuttavia assai poco desiderabile sul piano macroeconomico, poiché ne consegue una maggiore severità effettiva della limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro proprio là dove occorrerebbe invece un mercato del lavoro più fluido e capace di favorire la migliore allocazione delle risorse umane, questo essendo necessario per porre le regioni meno sviluppate in condizione di poter meglio competere nel mercato dei capitali e degli investimenti.

D'altra parte, se per la determinazione della soglia minima della perdita che può giustificare il licenziamento dovesse attribuirsi peso decisivo al pregiudizio derivante dal licenziamento stesso per il lavoratore nel caso concreto, questo comporterebbe, logicamente, che la soglia stessa si abbassasse fino ad azzerarsi quando dal licenziamento non derivi per il lavoratore un pregiudizio apprezzabile (come nel caso in cui gli venga offerta immediatamente un'altra occupazione nella stessa località e senza perdita professionale o retributiva) (207). Senonché un argomento contrario rilevante può trarsi in proposito, nel nostro ordinamento, dalla fissazione legislativa del risarcimento minimo per il licenziamento ingiustificato, nell'area di applicazione dell'art. 18 St. lav. (§ 524), in cinque mensilità dell'ultima retribuzione. A questo poi si aggiungono le quindici mensilità a cui il lavoratore ha invariabilmente diritto nel caso in cui egli rinunci alla reintegrazione (§ 523). L'importo complessivo di venti mensilità dell'ultima retribuzione ben può dunque essere considerato come una sorta di parametro generale, suscettibile di essere assunto dal giudice quale punto di riferimento per la fissazione della soglia minima di perdita attesa necessaria perché si configuri il giustificato motivo

di licenziamento (208), salvo aumento o riduzione — fermo il minimo — in relazione alle circostanze e in particolare all'anzianità di servizio del lavoratore (variabile, quest'ultima, cui l'ordinamento attribuisce esplicitamente rilievo preminente nella materia in esame). Allo stesso modo il giudice può fare riferimento, per la determinazione della soglia, ai minori importi indicati dalla legge per l'indennizzo nell'area della tutela obbligatoria, modulati tra il minimo di due mensilità e mezza e il massimo di quattordici in relazione alle dimensioni dell'impresa e all'anzianità di servizio del lavoratore (§ 526), quando il rapporto di lavoro si collochi in quell'area.

Per concludere su questo punto, la legge lascia il giudice libero nella determinazione della soglia minima della perdita attesa che può costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento; ma non manca di offrirgli alcuni parametri assai precisi ai quali attenersi nell'esercizio di quella discrezionalità, nonché alcuni riferimenti positivi su cui fondare solidamente la variabilità della soglia, al di sopra del minimo delle cinque (o due e mezza) mensilità, in relazione al pregiudizio che al lavoratore deriva dal licenziamento nel caso concreto.

n) *Non trasparenza delle motivazioni delle sentenze in materia di g.m.o.* — Certo, il discorso svolto fin qui ha maggiori speranze di avere un seguito sul piano dello *ius condendum* (fissazione per legge di un indennizzo dovuto in ogni caso al lavoratore, corrispondente alla soglia ritenuta ragionevole dal legislatore in relazione alle variabili rilevanti, quali la retribuzione del lavoratore, l'anzianità di servizio, le dimensioni dell'impresa, il tipo di rapporto) (209) piuttosto che su quello dell'applicazione dello *ius conditum* (210). A legislazione invariata, i giudici continueranno prevedibilmente a fare quanto hanno fatto fin qui. Essi continueranno, cioè, a valutare approssimativamente caso per caso l'entità della perdita futura conseguente alla prosecuzione del rapporto, a decidere se sia ragionevole che quella perdita sia accollata all'impresa per evitare al lavoratore il pregiudizio della perdita del posto, infine a motivare la decisione omettendo di fornire indicazioni precise sui due passaggi essenziali, ma scegliendo la massima che di volta in volta riterranno più adatta al caso specifico: se convalideranno il licenziamento, nella motivazione verrà ribadita l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, oppure si darà atto dell'infungibilità del lavoratore, o del fatto che il suo posto è stato effettivamente soppresso; se invece annulleranno il licenziamento, nella motivazione si osserverà che il datore di lavoro non ne ha dimostrato l'effettiva necessità, oppure che il lavoratore era fungibile con un altro e proprio quest'altro avrebbe dovuto essere licenziato, oppure ancora che il posto non è stato effettivamente soppresso, poiché il lavoratore è stato in realtà sostituito con un altro.

Quanto al contenuto sostanziale delle sentenze, credo che se oggi sottoponessimo a un gruppo di giudici del lavoro scelti a caso un insieme di casi giudiziari in materia di licenziamento, ordinato secondo la gravità del motivo economico (cioè della perdita attesa) e chiedessimo loro di indicare dove si colloca il discrimine tra licenziamento giustificato e no, probabilmente otterremmo una serie di risposte distribuite in una gamma molto ampia. In questa varietà di risposte è evidentemente impossibile dire quale sia quella che più esattamente corrisponde al contenuto precettivo della norma legislativa.

Va peraltro rilevato che la giurisprudenza è sensibile ai mutamenti culturali e *lato sensu* politici. E nel clima oggi dominante di preoccupazione per gli effetti di una eccessiva rigidità nell'applicazione della regola del giustificato motivo, già si avverte qualche segno di propensione, da parte di alcuni giudici del lavoro, a un abbassamento della soglia. Sono però soltanto sensazioni tratte dalla pratica forense: anche di questo, ovviamente, nessuna traccia nella motivazione di alcuna sentenza.

**517. Il giustificato motivo soggettivo.** — Oltre al giustificato motivo oggettivo, come si è detto (§ 515), l'art. 3 della legge n. 604/1966 prevede quale possibile giustificazione del licenziamento il «notevole inadempimento» del lavoratore, così confermando la regola civilistica generale della risoluzione per inadempimento di importanza «non scarsa» (artt. 1453 e 1455 c.c.) o «notevole» (art. 1564 c.c.), ma riconducendo la fattispecie sotto la disciplina del recesso unilaterale del datore (211).

La sostanziale corrispondenza tra la nozione di inadempimento del lavoratore rilevante in materia di recesso del datore di lavoro e la nozione di inadempimento posta dagli articoli menzionati del codice civile è stata negata nel corso degli anni '70 e anche in seguito, sul labile presupposto che nell'art. 3 della legge n. 604/1966, a differenza del codice civile, non si fa alcun riferimento all'interesse del creditore (212). In realtà, nella valutazione dell'inadempimento del lavoratore, così come nella valutazione di qualsiasi inadempimento contrattuale, non può mai prescindere dall'interesse contrattualmente rilevante della controparte creditrice: la tesi contraria mi sembra piuttosto il frutto di una sorta di vertigine da cui una parte della dottrina giuslavoristica è stata colta dopo l'«autunno caldo» del 1969 e la conseguente emanazione dello Statuto dei lavoratori (213).

Nella nozione di giustificato motivo soggettivo l'interesse del datore assume dunque un rilievo centrale, al pari di quanto può dirsi della nozione di giustificato motivo oggettivo. Vedremo però come tale interesse debba essere qui individuato e valutato facendosi riferimento all'economia dell'intera compagine aziendale e non soltanto del singolo rapporto di lavoro.

La distinzione tra giustificato motivo oggettivo e soggettivo assume comunque un notevole rilievo sul piano degli effetti, perché nel secondo caso la legittimità del recesso è subordinata al rispetto delle regole procedurali dettate

dall'art. 7 St. lav., per la parte in cui esse sono applicabili anche in materia di licenziamento (§ 486) (discuteremo a suo luogo — § 528 — della sanzione che colpisce il licenziamento disciplinare intimato senza preventivo procedimento disciplinare).

a) *I casi in cui l'inadempimento costituisce g. m. soggettivo e oggettivo al tempo stesso.* — In alcuni casi la differenza appare minima o addirittura inesistente. In particolare, quando l'inadempimento del lavoratore sia tale da far venire meno la ragionevole prospettiva del regolare adempimento futuro, esso sarebbe suscettibile di rientrare anche nella nozione di giustificato motivo oggettivo: in tal caso, infatti, l'evento ben può costituire una «ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», rendendo prevedibile una perdita non ragionevolmente accollabile al creditore. Vi sono dunque eventi qualificabili come giustificato motivo soggettivo, in quanto consistenti in un notevole inadempimento, che costituiscono — a stretto rigor di logica — anche giustificato motivo oggettivo. Su questo punto, però, la dottrina in passato si è ripetutamente pronunciata in senso nettamente contrario (214); e non mi risulta che la configurabilità, nel comportamento scorretto del lavoratore, di un giustificato motivo soggettivo e oggettivo al tempo stesso sia mai stata riconosciuta in una sentenza: a differenza di quanto può dirsi in materia di trasferimento (§ 301), in materia di licenziamento la giurisprudenza afferma univocamente che laddove il motivo addotto dal datore di lavoro contenga un rimprovero nei confronti del dipendente, il procedimento disciplinare ex art. 7 St. lav. costituisce e sempre requisito indefettibile per la legittimità del provvedimento, anche quando questo abbia per così dire natura anfibia (215).

b) *La peculiarità del g. m. soggettivo rispetto al g. m. oggettivo. Scarsa rilevanza del danno attuale e della perdita attesa nel singolo rapporto.* — Il giustificato motivo soggettivo non può comunque essere considerato soltanto come un caso particolare di giustificato motivo oggettivo, poiché altrimenti la sua menzione nell'art. 3 dovrebbe considerarsi pleonastica, priva di un significato giuridico apprezzabile. L'interesse tipico che l'ordinamento tutela, consentendo il licenziamento per inadempimento del dipendente, non consiste soltanto nella prevenzione di una perdita futura derivante dalla prosecuzione del singolo rapporto, come nel caso del giustificato motivo oggettivo, bensì anche e soprattutto nell'interesse dell'imprenditore a disporre di un deterrente contro il comportamento irregolare di tutti i dipendenti (gli economisti parlerebbero a questo proposito di un'esigenza di contenimento del *moral hazard*) (216): quell'interesse peculiare che, come abbiamo visto a suo luogo (§ 476), spiega e giustifica l'attribuzione all'imprenditore del potere disciplinare.

L'inadempimento notevole del lavoratore è dunque suscettibile di giustificare il licenziamento anche quando esso in concreto non abbia direttamente prodotto e non sia suscettibile di produrre in futuro un danno: regola, questa, sulla quale la giurisprudenza appare fermissima (217). Assai meno ferma, invece, la giurisprudenza appare su di un'ulteriore conseguenza che deve trarsi dalla peculiarità del giustificato motivo soggettivo teste sottolineata: la mancanza grave è suscettibile di giustificare il licenziamento anche quando ci si possa attendere che essa non si ripeta in futuro e non sia quindi prevedibile, in caso di prosecuzione del rapporto di lavoro, un suo bilancio in perdita. Basti, per convincersene, considerare il caso limite di un lavoratore che, incontrando in azienda un cliente o un collega che gli ha sottratto la moglie, accecato dalla gelosia lo aggredisca e lo uccida: il licenziamento dell'omicida per amore è sicuramente giustificato anche quando la sua personalità e le circostanze inducano a escludere che egli possa tenere nuovamente in futuro un comportamento analogo e che dunque quel comportamento possa incidere sulla fiducia del datore nel corretto adempimento futuro: ciò che conta, per la giustificazione del licenziamento in un caso di questo genere, non è affatto la fiducia del datore nel corretto adempimento futuro, bensì l'interesse dell'imprenditore a dissuadere chiunque altro in azienda dal comportarsi in quel modo. Se quello dell'omicida per gelosia è un caso di scuola, qui proposto soltanto per chiarire i termini del ragionamento, assai più frequente è invece il caso in cui il lavoratore colpevole di una mancanza grave riesce a convincere l'organo giudicante che si è trattato di una *de faillance* isolata, che egli è sinceramente pentito e interamente ravveduto, che quindi non vi è un serio pericolo che la cosa si ripeta, ottenendo così la reintegrazione nel posto di lavoro con tanto di risarcimento del danno (218). Quella dimostrazione non può, invece, considerarsi sufficiente per escludere il giustificato motivo di licenziamento, perché — come si è detto — l'ordinamento tutela l'interesse del datore all'effetto deterrente del licenziamento contro qualsiasi comportamento analogo, indipendentemente dalla propensione a ripeterlo del lavoratore che se ne è reso colpevole: mantenere il cassiere «ladro *una tantum*» nel suo posto di lavoro, quando anche sia certo che egli non ruberà mai più, incoraggia altri a tenere (magari... per una volta sola) lo stesso comportamento.

Sta di fatto, tuttavia, che la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'inadempimento capace di giustificare il licenziamento è soltanto quello «idoneo a scuotere la fiducia del datore di lavoro» e a «far ritenere che la continuazione del rapporto si risolve in un pregiudizio per gli scopi aziendali» (219), così sostanzialmente trasformandosi il giustificato motivo soggettivo in un caso particolare di giustificato motivo oggettivo (v. *supra*, *sub a*).

c) *Il possibile contrasto fra interesse del datore alla reazione disciplinare e interesse dello stesso alla conservazione del rapporto.* — Si osservi, peraltro, come l'interesse dell'imprenditore a conseguire l'effetto deterrente della punizione possa cedere di fronte al suo interesse alla prosecuzione del rapporto, quando da questa il datore si attenda un utile rilevante (si pensi, ad esempio, al caso della mancanza grave, di per sé sicuramente meritevole di licenziamento, commessa però da un operaio specializzato molto difficilmente sostituibile; oppure da un venditore che, se licenziato,

potrebbe portar via con se' una parte consistente della clientela; oppure anche da un lavoratore non particolarmente efficiente, ma in un momento in cui la manodopera e' scarsa, il mercato «tira» e tutte le risorse umane disponibili possono produrre notevoli profitti).

Dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che la valutazione del maggiore o minor peso, nel caso concreto, dell'interesse alla reazione disciplinare, rispetto all'eventuale interesse a conseguire l'utile prevedibilmente derivante dalla prosecuzione del rapporto, sia riservata in via esclusiva all'imprenditore: la sussistenza di una prospettiva di prosecuzione del rapporto complessivamente utile per l'azienda non influisce dunque in alcun modo sulla legittimita' del licenziamento disciplinare, quando la gravita' della mancanza commessa dal lavoratore obbiettivamente lo giustifichi.

d) *Rilevanza non esclusiva del venir meno della fiducia del datore circa il corretto adempimento futuro, ai fini del g. m. soggettivo.* — Se quanto fin qui osservato ha fondamento, si puo' concluderne che il venir meno della fiducia del datore, in conseguenza di una mancanza grave del lavoratore, nella possibilita' di prosecuzione utile del rapporto, o nel regolare adempimento futuro dell'obbligazione lavorativa, caratterizza tutti i casi in cui la mancanza costituisce *anche* giustificato motivo oggettivo (prevedibilita' di una perdita futura superiore alla soglia: § 516). Ma poiche' il giustificato motivo soggettivo non e' soltanto un caso particolare di giustificato motivo oggettivo — v. *supra*, *sub b* —, occorre convenire che il venir meno della fiducia del datore nel regolare adempimento futuro non costituisce un requisito necessario per la giustificazione del provvedimento sanzionatorio.

Il licenziamento disciplinare deve essenzialmente fungere da deterrente contro i comportamenti irregolari, cioe' deve influire sulla volonta' di tutti i dipendenti dell'azienda di impegnarsi per conformare il proprio comportamento ai canoni di diligenza e correttezza; per questo nella giustificazione del licenziamento disciplinare in quanto tale assume un peso determinante la dimostrazione dell'imputabilita' dell'inadempimento a colpa del lavoratore, piu' che la dimostrazione della probabilita' che egli ricada nella mancanza (del resto, e' normale che colui di cui si scopre una mancanza, se non viene licenziato, tenda almeno per qualche tempo ad astenersi dal ripeterla, anche perche' sa di essere controllato piu' strettamente degli altri). Di questo i giudici non paiono, tuttavia, sempre convinti: si e' visto (220), infatti, come ricorra con una certa frequenza nella motivazione delle sentenze l'affermazione secondo la quale il licenziamento disciplinare sarebbe privo di giustificazione in considerazione di un ravvedimento del lavoratore o comunque della non prevedibilita' di una sua ricaduta nella mancanza commessa.

e) *Rilevanza decisiva del criterio di proporzionalita' fra gravita' soggettiva della mancanza e gravita' della sanzione disciplinare. Il nuovo orientamento della Cassazione in proposito.* — Criterio decisivo per la giustificazione del licenziamento disciplinare — come di qualsiasi sanzione minore, a norma dell'art. 2106 c.c. (§ 480) — e' invece quello della gravita' della mancanza commessa sotto il profilo della colpa, intesa in un senso eminentemente psicologico e soggettivo. Poiche' la funzione della sanzione disciplinare e' essenzialmente di limitare il *moral hazard* (v. *supra*, *sub a*), ovvero di dissuadere tutti i dipendenti dell'azienda dal tenere comportamenti contrari all'interesse contrattuale del datore (quindi di influire sulla loro volonta'), cio' che conta in questa materia e' la buona fede contrattuale, ovvero quella che viene comunemente — e senza connotazioni indebitamente moralistiche — indicata come l'etica del rapporto (221). Cosi', ad esempio, sul piano disciplinare — a differenza del piano su cui si colloca il g. m. oggettivo — lo scarso rendimento assume un rilievo diverso a seconda di quanto esso sia imputabile a incapacita' incolpevole del lavoratore, oppure invece a un suo difetto di impegno e dedizione al lavoro (222); deve essere considerato piu' grave sul piano disciplinare l'eccesso di velocita' abituale nella guida di un automezzo aziendale, ancorche' non abbia causato sinistri, rispetto a un modesto eccesso di velocita' occasionale, che pero' abbia concorso a causare un danno rilevante; allo stesso modo, deve essere considerata piu' grave la contravvenzione deliberata, da parte del funzionario, ai criteri dettati dalla banca datrice di lavoro per l'amministrazione del credito, ancorche' non ne sia derivata alcuna perdita, rispetto all'errore commesso in buona fede nella valutazione della solvibilita' di un cliente, che abbia causato una perdita rilevante; deve essere, infine, considerato piu' grave il comportamento del lavoratore che fa registrare due giorni di assenza ingiustificata per andare a sciare con gli amici, rispetto all'assenza ingiustificata di una settimana del lavoratore rimasto — senza avervi diritto — ad assistere un anziano amico malato e solo.

Possono assumere rilievo su questo piano, come si e' visto a suo luogo (§ 476), anche mancanze commesse dal lavoratore al di fuori della prestazione lavorativa, in tutti i casi in cui il contratto gli vieti determinati comportamenti nella vita privata. E, come pure si e' gia' visto, puo' assumere rilievo decisivo la recidiva (§ 480).

La valutazione circa l'idoneita' della mancanza a giustificare il licenziamento puo' essere influenzata da un'infinita' di circostanze, delle quali non e' qui possibile proporre una esauriente classificazione (223); e la valutazione stessa e' inevitabilmente influenzata dalla concezione che ciascun giudice ha della gravita' del licenziamento come punizione (224). Anche qui, analogamente a quanto accade in materia di giustificato motivo obiettivo (§ 516, *sub n*), la gamma delle posizioni e' ampia e variegata: vi sono ancora giudici che considerano il licenziamento disciplinare quasi come una condanna a morte (225), richiedendo pertanto una gravita' estrema della mancanza del lavoratore per la sua giustificazione; ma vi sono anche giudici severissimi nei confronti dei lavoratori; e, fra i due poli estremi, non e'

difficile trovare tutte le sfumature intermedie (226). Cospicue può accadere che la stessa identica mancanza sia considerata da un giudice meritevole del licenziamento, mentre un altro giudice la considera tutt'al più meritevole di una multa o di una sospensione dal lavoro di qualche giorno (227). Ad esempio, si suole considerare — anche sulla base di una disposizione ricorrente nella contrattazione collettiva nazionale — che l'assenza ingiustificata debba durare almeno una settimana, ovvero cinque giorni lavorativi, per poter costituire valido motivo di licenziamento; ma non mancano sentenze che hanno considerato sufficiente un'assenza ingiustificata di uno o due giorni, in considerazione delle particolari circostanze (228).

Non è considerato decisivo, ai fini della legittimità del licenziamento, il rilievo penale della mancanza, neppure quando il reato sia commesso ai danni del datore di lavoro: così, l'appropriazione indebita da parte del lavoratore di prodotti aziendali di modesto valore è sovente ritenuta passibile soltanto di sanzioni disciplinari minori (229), al pari della piccola frode commessa dal cassiere che omette la registrazione di un incasso (230). Viceversa, la mancanza contrattuale costituente anche reato può giustificare il licenziamento indipendentemente dalla (e prima della) condanna del lavoratore in sede penale (§ 484) (231).

Sul rilievo che in materia disciplinare assume la recidiva, su quello che possono assumere le mancanze non formalmente contestate, nonché sui criteri di valutazione delle mancanze tra loro concorrenti nell'ambito di un'unica contestazione, rinvio al § 480.

La Corte di Cassazione è parsa negli ultimi tempi volersi proporre come fonte di una interpretazione vincolante della *voluntas legis* in materia di giustificazione del licenziamento disciplinare, con alcune sentenze nelle quali, modificando la propria giurisprudenza precedente, essa ha affermato la propria competenza per la valutazione della bontà dell'applicazione fatta dal giudice di merito delle clausole generali del giustificato motivo e della giusta causa di recesso (232); ma è facilmente prevedibile che questo nuovo orientamento giurisprudenziale, pur se destinato a consolidarsi, non porterà a una maggiore determinatezza di quelle due nozioni, perché anche fra i numerosi giudici della Corte addetti alla Sezione lavoro si riscontra la stessa — e del tutto legittima — varietà di opinioni che si riscontra fra i giudici di merito.

f) *La questione se rilevi o no il diverso costo sofferto dal singolo lavoratore per il licenziamento in ciascun caso concreto.* — Si pone, in materia di licenziamento disciplinare, una questione in tutto analoga a quella di cui si è detto in tema di g. m. oggettivo: se cioè il giudice debba o no tenere conto, nella valutazione della proporzionalità fra sanzione e mancanza, del peso diverso del licenziamento per il lavoratore in situazioni diverse: è evidente, infatti, che il licenziamento costituisce in generale un evento più grave per il lavoratore anziano rispetto al più giovane, per chi ha persone a carico rispetto a chi non ne ha; per chi vive in una zona in cui il tasso di disoccupazione è elevato rispetto a chi vive dove c'è lavoro per tutti. Nessun cenno in proposito sono riusciti a trovare nella pur abbondantissima giurisprudenza sul giustificato motivo soggettivo: non un solo caso nel quale il giudice abbia motivato esplicitamente una sentenza di annullamento del recesso osservando che nel caso specifico il licenziamento costituiva una punizione eccessiva, in considerazione della numerosa prole da sfamare, o del coniuge infermo, o della difficoltà maggiore che altrove per il lavoratore licenziato di reperire una nuova occupazione; né, per converso, alcun caso nel quale il giudice abbia motivato la convalida del licenziamento osservando che nel caso specifico tale provvedimento non aveva conseguenze personali gravi, poiché il lavoratore licenziato era un giovane ancora convivente con i genitori, oppure aveva già reperito un'altra occupazione soddisfacente. Cionondimeno sono convinto che sovente le circostanze menzionate esercitino di fatto un'influenza assai rilevante sulla decisione della controversia (233).

g) *Rilevanza limitata della predeterminazione del g. m. oggettivo in sede collettiva.* — Nei primi anni di applicazione della legge n. 604/1966 era parso affermarsi un orientamento favorevole alla predeterminazione in sede collettiva delle mancanze del lavoratore suscettibili di giustificare il licenziamento (234). Nel corso degli anni '70 è però venuto consolidandosi l'orientamento contrario, motivato con il carattere inderogabile della nozione legale di giustificato motivo (oltre che di giusta causa) di licenziamento (235): la disposizione collettiva assume dunque rilievo decisivo, in questa materia, soltanto se più favorevole per il lavoratore (236). Ciò non toglie, tuttavia, che del contenuto della disposizione collettiva il giudice debba comunque tenere conto, motivando il proprio discostarsi, nel caso concreto, dalla valutazione che le parti collettive abbiano dato della corrispondente fattispecie astratta (237).

**518.** *La giusta causa, come criterio attinente soltanto al debito del preavviso.* — Abbiamo visto (§ 495) come, alle origini, la legge sull'impiego privato del 1924 indicasse con il termine «giusta causa» una «mancanza così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto»: idonea, quindi a giustificare il recesso in tronco, senza preavviso; e come nell'art. 2119 c.c. l'espressione «mancanza» scompaia, manifestandosi in tal modo l'intendimento del legislatore di consentire il recesso in tronco per qualsiasi impedimento drastico alla prosecuzione del rapporto, anche se di natura oggettiva, quale l'impossibilità sopravvenuta definitiva della prestazione lavorativa, o la distruzione dell'azienda per un incendio o un terremoto.

Nonostante che la norma si riferisca, simmetricamente, tanto al licenziamento quanto alle dimissioni, l'allargamento della nozione di giusta causa disposto dal codice civile ha finito coll'essere effettivamente applicato soltanto a favore del prestatore (v. ancora § 495): in riferimento al recesso del datore prevale invece nettamente, in dottrina e in

giurisprudenza, la tendenza a considerare la nozione di giusta causa come comprensiva soltanto dell'inadempimento grave e colpevole da parte del lavoratore (238). Ciò che resta della c.d. «concezione oggettiva» della giusta causa, nella quasi totalità delle sentenze edite, consiste soltanto in questo: che, secondo l'orientamento dominante citato, ai fini della sussistenza della giusta causa la mancanza del lavoratore deve essere valutata anche nella sua suscettibilità di far venire meno la necessaria fiducia del datore nel futuro regolare svolgimento del rapporto (239). La giusta causa si configura così come un giustificato motivo soggettivo accentuato, cui consegue la sanzione disciplinare più grave (240). Secondo questo orientamento, l'impedimento oggettivo cui non abbia in alcun modo contribuito una colpa del lavoratore può anche imporre di fatto la cessazione immediata del rapporto, ma in questo caso si applica in via analogica quanto disposto dalla legge in riferimento alla malattia perdurante oltre il comporto (art. 2110, 2° c., c.c.: § 392) e in riferimento alla morte del lavoratore (art. 2122 c.c.: § 264), ponendosi così a carico del datore di lavoro il debito «assicurativo» — nella maggior parte dei casi, peraltro, assai modesto — del pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso (241).

Nella sua formulazione originaria, il combinato disposto degli artt. 2119-2120 c.c. riconnetteva alla mancanza costituente giusta causa di recesso del datore l'effetto di privare il lavoratore non soltanto del diritto al preavviso o all'indennità sostitutiva, ma anche del diritto all'indennità di anzianità: quella mancanza era dunque un evento che, producendo un azzeramento del costo del licenziamento, faceva venire meno ogni protezione della stabilità del posto di lavoro (§ 513). Nel 1966, con la trasformazione dell'indennità di anzianità in una forma di retribuzione differita, dovuta in ogni caso di cessazione del rapporto, e l'istituzione della regola del giustificato motivo di licenziamento, la giusta causa ha assunto il significato di un giustificato motivo particolarmente grave; ma il suo effetto si è ridotto alla sola perdita per il lavoratore del diritto al preavviso. In altre parole: dopo il 1966, il giustificato motivo consente al datore di lavoro di licenziare; la giusta causa gli consente di farlo «in tronco», senza il preavviso previsto dall'art. 2118 c.c. (242).

Ne consegue che, in una controversia avente per oggetto soltanto la legittimità di un licenziamento, il giudice deve limitarsi ad accertare che il motivo addotto dal datore sia «giustificato», a norma dell'art. 3 della legge n. 604/1966, essendo irrilevante che esso sia talmente grave e urgente da configurare *anche* giusta causa *ex art.* 2119 c.c.: la maggiore gravità rileva soltanto nel caso in cui il lavoratore, licenziato in tronco, rivendichi (almeno in via subordinata, per il caso in cui il giudice consideri il licenziamento giustificato) l'indennità di mancato preavviso. Si spiega, così, agevolmente l'orientamento giurisprudenziale oggi consolidato nel senso dell'ammissibilità di quella che viene comunemente indicata come «conversione» giudiziale del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo (§ 499) (243): in realtà non si tratta di «conversione» in senso proprio (a norma dell'art. 1424 c.c.), poiché questa presupporrebbe un negozio nullo, nel quale possano essere ravvisati i tratti essenziali di un negozio diverso; nel caso in esame, invece, il negozio del recesso resta in tutto e per tutto immutato nella sua configurazione e validità giuridica, mentre la decisione del giudice circa la sussistenza o no della giusta causa riguarda soltanto il diritto del lavoratore all'indennità di preavviso. Si spiega, altresì, perché non sia necessaria una specifica domanda di «conversione» del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo, da parte del datore di lavoro convenuto in giudizio (si parla in proposito, anche qui impropriamente, di «conversione d'ufficio») (244); e' necessaria invece, ovviamente, la domanda specifica del lavoratore ricorrente perché — quando sia ritenuto sussistente il giustificato motivo ma non la giusta causa — il datore venga condannato al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso.

**519. Requisiti di forma e comunicazione dei motivi del licenziamento.** — A norma del primo comma dell'art. 2 della legge n. 604/1966, il licenziamento — atto unilaterale recettizio (245) — deve essere sempre comunicato al lavoratore in forma scritta (246): le sole eccezioni a questa regola sono costituite dal licenziamento del lavoratore in prova (§ 499) (art. 10), da quello del lavoratore domestico (art. 4, 1° c., della legge 11 maggio 1990 n. 108) (§ 110) e da quello dello sportivo professionista (art. 4, 8° c., della legge 23 marzo 1981 n. 91) (§§ 106-107). I giudici hanno talvolta ritenuto sufficiente per l'adempimento del requisito della forma scritta la riconsegna allo stesso lavoratore del libretto di lavoro (§ 201) recante l'annotazione della cessazione del rapporto per licenziamento, oppure la consegna di un prospetto (§ 272) del trattamento di fine rapporto contenente l'indicazione della data di cessazione (247) o della comunicazione all'ufficio del lavoro della cessazione medesima (248). Non sembra, invece, avere avuto seguito giurisprudenziale apprezzabile la tesi secondo cui il vizio di forma potrebbe essere reso irrilevante dalla prova della conoscenza che il lavoratore abbia avuto dell'atto di recesso del datore e pertanto anche dalla stessa impugnazione (249).

Entro quindici giorni dalla comunicazione del licenziamento, quando con essa non siano stati esplicitati i motivi del licenziamento stesso, il lavoratore può farne richiesta al datore (250), il quale è in tal caso tenuto a comunicarli al lavoratore per iscritto entro sette giorni dalla ricezione dell'istanza (art. 2, 2° c.). Quando si tratti di licenziamento disciplinare, l'onere della motivazione può essere ovviamente adempiuto mediante rinvio alla lettera di contestazione dell'addebito (§ 481) (251). La motivazione in tal modo comunicata dal datore di lavoro non può più essere modificata: la sorte giudiziale del licenziamento, in caso di impugnazione, dipenderà dalla capacità del datore di dimostrare la fondatezza dei motivi originariamente verbalizzati. Prevale nettamente a questo proposito un atteggiamento della giurisprudenza molto formalistico, che estende l'immodificabilità anche alla qualificazione



giuridica che dei fatti posti a base del licenziamento viene data dal datore di lavoro (252); a me sembra, invece, che debbano considerarsi imm modificabili soltanto i fatti posti a motivo del licenziamento, ma non la loro qualificazione, potendo talvolta gli stessi fatti risultare insufficienti sotto il profilo della giustificazione disciplinare ma sufficienti sotto quello della giustificazione oggettiva (§ 517, lett. a), oppure viceversa (§ 517, lett. b, d ed e) (253).

La norma testé citata non dice che la comunicazione dei motivi del licenziamento costituisce requisito formale per la validità del licenziamento solo nei casi in cui si applica la regola della necessità di giustificazione dell'atto (§ 520); ma a questa delimitazione del campo di applicazione della norma può agevolmente pervenirsi in via interpretativa (254). Per il difetto di forma scritta o di comunicazione dei motivi (cui viene equiparato il caso della comunicazione di motivi assolutamente generici, tali da non essere suscettibili di alcuna verifica), il terzo comma dell'art. 2 commina l'inefficacia del licenziamento (v. in proposito §§ 523 e 528).

**520.** *L'area residua della recedibilità libera da parte del datore di lavoro. Il licenziamento per raggiunti limiti di età.*

— La legge 11 maggio 1990 n. 108, emanata con lo scopo politico di evitare un referendum popolare tendente ad abrogare la limitazione del campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. (§ 522), ha esteso la regola del giustificato motivo di licenziamento a tutti i rapporti di lavoro, quale che sia la natura — imprenditoriale o no — del datore di lavoro, con quattro sole eccezioni:

— i rapporti di lavoro domestico (§ 110) (art. 4, 1° c.);

— i rapporti di lavoro con prestatori ultrasessantacinquenni o prestatrici ultrasessantenni che siano in possesso dei requisiti per il pensionamento di vecchiaia (255), sempreché queste ultime non abbiano esercitato, a norma della legge 26 febbraio 1982 n. 54, l'opzione per la prosecuzione del rapporto fino al sessantacinquesimo anno (2° c.) (256);

— i rapporti di lavoro con dirigenti (§ 182) (art. 10 della legge n. 604/1966);

— i rapporti di lavoro con sportivi professionisti (§ 107) (art. 4, 8° c., della legge n. 91/1981).

In questi casi l'unico limite alla facoltà di recesso del datore è costituito dall'onere del preavviso di cui all'art. 2118 c.c. (§ 512).

In riferimento al licenziamento del lavoratore ultrasessantenne si è discusso se il preavviso sia dovuto, traendosi argomento in senso contrario dal fatto che la data del raggiungimento dei requisiti per il pensionamento non può non essere nota al lavoratore con ampio anticipo, nonché dal fatto che talvolta il contratto collettivo o il regolamento aziendale prevedono espressamente che il rapporto a quella data debba cessare (257). Prevale tuttavia nettamente l'orientamento nel senso che il preavviso sia sempre dovuto, in considerazione dei molteplici interessi personali e professionali che legano solitamente il lavoratore al suo posto di lavoro e del fatto che il recesso del datore di lavoro privato per pensionamento di vecchiaia del lavoratore non è affatto obbligatorio. Prevale altresì la tesi secondo cui il recesso non può essere utilmente comunicato dal datore in anticipo rispetto alla data del raggiungimento dei limiti di età, potendo il preavviso decorrere soltanto da quel momento (258); ma non mancano le voci contrarie su questo punto (259).

Nel caso del licenziamento del lavoratore inquadrato come dirigente, questi può contestare la corrispondenza dell'inquadramento al ruolo effettivamente svolto in azienda, con la conseguenza che, ove debba ravvisarsi un sovrainquadramento (quando cioè si tratti di «pseudo-dirigente») (§§ 182-183), non opererà l'esenzione dalla disciplina generale (260), né tanto meno l'esenzione dai vincoli procedurali dell'art. 7 St. lav., affermata recentemente dalla Corte di Cassazione per i dirigenti di vertice (§ 489).

Nell'area di libera recedibilità si applicano pur sempre i divieti di licenziamento per motivi illeciti (§§ 514 e 522) e di licenziamento del lavoratore assente per malattia o infortunio entro il periodo di comporto (§§ 390 e 523), del lavoratore in servizio militare (§ 415), della lavoratrice madre dall'inizio della gravidanza al compimento del primo anno di vita del bambino (§§ 403 e 529) (261) e della lavoratrice nel periodo immediatamente precedente e successivo al matrimonio (§ 529).

**521.** *L'impugnazione del licenziamento.* — L'art. 6 della legge n. 604/1966 impone un termine di decadenza per l'impugnazione, che deve intendersi riferito ai soli casi in cui il lavoratore intenda far valere l'illegittimità del licenziamento per violazione di una delle regole contenute nella legge stessa: l'impugnazione deve avvenire, in tal caso, mediante «qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, ... anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale», entro sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento. Può dunque accadere, se il licenziamento viene comunicato al lavoratore con un anticipo superiore a due mesi rispetto alla data di cessazione del rapporto, che il termine di decadenza spiri prima di quella data.

Poiché viceversa, come si è visto (§ 519), può accadere che i motivi del licenziamento vengano comunicati al lavoratore in un tempo successivo alla comunicazione del licenziamento stesso, in tal caso deve ragionevolmente ritenersi che il termine di sessanta giorni per l'impugnazione decorra dalla data di quell'ultimo adempimento datoriale. In passato ha prevalso l'orientamento secondo cui il termine di sessanta giorni per l'impugnazione non sarebbe stato

applicabile al licenziamento nullo per illiceità dei motivi e a quello inefficace per vizio di forma (262). Nell'ultimo decennio, però, la giurisprudenza si è orientata nel senso dell'applicabilità di quel termine anche al licenziamento nullo per illiceità del motivo o per difetto del procedimento disciplinare (263), restandone pertanto escluso, secondo l'opinione prevalente a tutt'oggi, soltanto quello inefficace per carenza della forma scritta (264). A sostegno di questa esclusione si argomenta che nel caso del licenziamento orale sarebbe difficile individuare il *dies a quo* per la decorrenza del termine (265); ma la tesi non mi convince: se il lavoratore è stato effettivamente licenziato, sia pure oralmente, non è certo difficile individuare almeno il giorno in cui egli è stato messo alla porta e ha cessato di prestare servizio: almeno da quel giorno, dunque, il termine ben può decorrere senz'altro (§ 531). Per altro verso, l'articolo 6, nel porre il termine di decadenza di sessanta giorni per l'impugnazione, non distingue tra i diversi profili di illegittimità del licenziamento: il che parrebbe significare che anche il difetto di forma o di motivazione del licenziamento debba essere impugnato entro i sessanta giorni. Ma, come si è detto, non è questo l'orientamento oggi prevalente.

Quanto alla forma dell'impugnazione, è pacifico che essa debba consistere in un atto scritto. Oggi si ritiene che essa possa essere comunicata anche nella forma del telegramma e che questo possa essere dettato per telefono dal lavoratore o da terzi da lui incaricati (essendo irrilevante l'utenza telefonica dalla quale parte la chiamata), purché egli possa dimostrare di esserne l'autore o quanto meno il mandante (266). Giurisprudenza recente ammette anche l'impugnazione ad opera dell'avvocato, quando egli sia munito di mandato scritto da parte del lavoratore, o questi ratifichi l'impugnazione informandone per iscritto il datore entro il termine (267).

Compiuta tempestivamente l'impugnazione stragiudiziale, il lavoratore può esperire l'azione di annullamento del licenziamento entro il termine prescrizione di cinque anni (art. 1442, 1° c., e 2948, n. 5, c.c.): ciò che appare davvero irragionevole, poiché non può esservi alcun motivo apprezzabile per un ritardo così cospicuo nella promozione del giudizio in questa materia. Sta di fatto che, di fronte all'impugnazione stragiudiziale non seguita in tempi ragionevoli dal ricorso in giudizio, il datore di lavoro non ha altro rimedio contro il protrarsi dell'incertezza che quello di agire egli stesso per l'accertamento giudiziale della legittimità del licenziamento contestato.

Nel caso del licenziamento della lavoratrice madre, il termine di decadenza è di novanta giorni (§ 403). Negli altri casi di illegittimità del licenziamento (malattia, matrimonio, ecc.) l'impugnazione non è soggetta a termini di decadenza (§ 529 e ivi nota 337).

La presentazione da parte del lavoratore delle sue giustificazioni in risposta alla contestazione di mancanza (§ 481) non lo esime dall'impugnare il licenziamento con cui il procedimento disciplinare si concluda (268). Viceversa, l'accettazione da parte del lavoratore delle competenze di fine rapporto non costituisce di per sé rinuncia all'impugnazione del licenziamento (269).

**522.** *L'apparato sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo e i criteri di applicazione dei diversi regimi. La nozione di «unità produttiva».* — La violazione della regola del giustificato motivo di licenziamento è sanzionata in modo diverso a seconda delle dimensioni dell'azienda, applicandosi nelle aziende di maggiori dimensioni il c.d. regime di tutela reale della stabilità del posto di lavoro fondato sull'art. 18 St. lav., nelle aziende minori il c.d. regime di tutela obbligatoria fondato sull'art. 2 della legge n. 108/1990. Quest'ultima legge, novellando l'art. 18 St. lav., ha ridisegnato la linea di confine tra i due campi stabilendo che il regime di tutela reale si applica — salve le eccezioni di cui si è detto nel § 520 — ai rapporti di lavoro con un datore, imprenditore o no, che abbia alle proprie dipendenze più di quindici dipendenti nello stesso stabilimento, ufficio, filiale o reparto autonomo, o comunque nello stesso territorio comunale (il limite è ridotto a cinque per le imprese agricole), oppure abbia alle proprie dipendenze complessivamente più di sessanta dipendenti; il regime di tutela obbligatoria si applica invece — sempre con le eccezioni di cui si è detto nel paragrafo precedente — a tutti i datori di lavoro le cui aziende non superino né l'uno né l'altro limite dimensionale, nonché alle organizzazioni di tendenza (§ 527) (270).

Nella determinazione del numero dei dipendenti della singola unità produttiva, come dell'azienda nel suo complesso, non si tiene conto degli apprendisti e dei parenti del datore entro il secondo grado (art. 18, 2° c.), né dei lavoratori assunti a termine con contratto di durata pari o inferiore a nove mesi (applicaz. analogica dell'art. 8 del d.lgs.

n. 368/2001: § 508) (271), né dei lavoratori ingaggiati con contratto di collaborazione coordinata e continuativa autonoma (§ 89), neppure quando siano impegnati a tempo pieno all'interno dell'unità produttiva, almeno fino a quando regga la qualificazione dei rispettivi rapporti in termini di autonomia. I lavoratori subordinati a tempo parziale (§ 351) si computano in proporzione alla «quota di orario effettivamente svolto», considerandosi come intero l'orario normale previsto dal contratto collettivo (ancora 2° c. e art. 6 del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61, 1° c., come sostituito dall'art. 1, c. 1°, del d.lgs. 26 febbraio 2001 n. 100).

Un problema di difficile soluzione, sul quale si sono lungamente affaticate giurisprudenza e dottrina (272), si pone nel caso in cui il datore di lavoro non occupi più di quindici dipendenti nel territorio di uno stesso comune, e neppure più di sessanta complessivamente, ma la soglia dei quindici sia superata dall'organico complessivo dell'azienda distribuito in comuni diversi. Qui la questione cruciale — non risolvibile mediante collegamento della norma in esame con altre norme che facciano riferimento a parti dell'azienda, né mediante il reperimento di un modello social-tipico di unità produttiva col quale possano di volta in volta confrontarsi le fattispecie concrete (273) — verte sulla nozione di «autonomia» dell'«unità produttiva»: nozione della quale possono evidentemente darsi un'infinità di definizioni

astratte, ciascuna suscettibile di applicazioni difformi nei casi concreti. Assai meglio sarebbe stato se il legislatore avesse fatto riferimento al solo dato territoriale (organico aziendale nell'ambito di un comune, o di una provincia, come nella disciplina dei licenziamenti collettivi: § 539); anche perché non è dato comprendere il motivo per cui al lavoratore impiegato in un'azienda con dieci dipendenti a Milano e dieci dipendenti a Bergamo dovrebbe essere garantita la tutela reale contro il licenziamento soltanto nel caso in cui le due filiali non siano fra loro «autonome», e non nel caso contrario: l'irragionevolezza di questa differenza di trattamento fa sorgere qualche dubbio circa la sua costituzionalità (274). E vi è da chiedersi perché nel 1990, dopo un ventennio di dibattiti irrisolti su questo punto, il legislatore abbia mantenuto pressoché intatta la formulazione del riferimento normativo all'«unità produttiva» (salvo collocare la norma nell'art. 18 per separarla da quella contenuta nell'art. 35, che continua a delimitare soltanto il campo di applicazione del titolo III dello Statuto, in materia di diritti delle rappresentanze sindacali aziendali) (275), invece di cogliere l'occasione per semplificare il compito all'interprete e consentire una maggiore certezza del diritto in questa materia. La giurisprudenza, dal canto suo, tende a dare della nozione di unità produttiva «autonoma», ai fini dell'applicazione dell'art. 18 St. lav., un'interpretazione cui consegue la negazione della sussistenza del requisito dell'«autonomia» nella maggior parte dei casi sui quali sorge controversia (276).

La semplificazione non operata dal legislatore, in questa materia, può essere operata dalla contrattazione collettiva, ma soltanto mediante un ampliamento dell'area della tutela reale e non in senso inverso (277).

Prevale nettamente in giurisprudenza l'opinione secondo cui qualora, in seguito a una scissione societaria alla quale corrisponda una scissione effettiva dell'organizzazione aziendale, vengano meno i presupposti dimensionali per l'applicazione della tutela reale contro il licenziamento, i lavoratori interessati non possono vantare il diritto al mantenimento di quella tutela (278).

**523.** *Nullità, annullabilità e inefficacia del licenziamento nel regime di «tutela reale» della stabilità del posto. La reintegrazione nel posto di lavoro e l'indennità sostitutiva della reintegrazione.* — Nell'area della tutela reale, all'illegittimità del licenziamento per violazione di ciascuna delle tre regole poste dalla legge n. 604/1966 l'ordinamento ricollega una sanzione civile nominalmente diversa: per il licenziamento affetto da difetto di forma o motivazione viene comminata l'inefficacia, per quello affetto da carenza di giustificazione viene comminata l'annullabilità, per quello affetto da illiceità dei motivi viene comminata la nullità.

Tra la prima sanzione e l'ultima non vi è differenza sostanziale, poiché all'inefficacia per difetto di forma del licenziamento si può rimediare soltanto con la stipulazione e comunicazione dell'atto in forma scritta, la quale ha pacificamente effetto soltanto *ex nunc*, configurando un negozio nuovo: in altre parole, l'inefficacia del licenziamento intimato in forma orale è insanabile, salva l'adozione di un nuovo atto di licenziamento rispettoso del requisito di forma posto dalla legge (§ 532). Lo stesso discorso vale per tutti i rapporti di lavoro: sia per quelli a cui si applica l'art. 18 St. lav., sia per quelli a cui esso non si applica (con l'ovvia esclusione dei soli rapporti di lavoro domestico, ai quali il requisito della forma scritta del licenziamento non si applica: § 519).

Una differenza di effetti assai rilevante dovrebbe invece rilevarsi tra la nullità (o inefficacia) del licenziamento e la sua annullabilità, se quest'ultimo termine conservasse nella nostra materia il significato che gli è proprio nel diritto civile comune (perdita di effetti dell'atto solo dal momento della sentenza di annullamento, la quale ha effetto costitutivo e non dichiarativo). Senonché con l'art. 18 St. lav. il legislatore ha compiuto la scelta — opinabile (279) e sicuramente non costituzionalmente necessitata (280) — di unificare gli effetti della sentenza di annullamento del recesso del datore per carenza di giustificazione con quelli della sentenza di nullità o inefficacia per illiceità dei motivi o vizio di forma (281): nei tre casi, indifferentemente, il giudice «ordina al datore di lavoro ... di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro» (1° c.) e lo condanna «al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento ... stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione»; e in ogni caso la misura del risarcimento non può essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione complessiva del lavoratore (4° c.) (282).

Il quinto comma dell'art. 18 stabilisce poi che, «fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma, al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione ..., un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto». Donde, come si è già osservato (§ 516, lett. *m*), un limite minimo del risarcimento complessivo, pari a venti mensilità, sul quale può far conto il lavoratore licenziato illegittimamente nell'area della tutela reale, quando egli sia disposto a rinunciare alla reintegrazione (283). Lo stesso quinto comma stabilisce che l'opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione deve essere esercitata dal lavoratore «entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza»: deve dunque intendersi che, scaduto tale termine, il lavoratore perda la possibilità dell'opzione unilaterale per l'indennità.

Se e finché il lavoratore non abbia tempestivamente optato per l'indennità, il datore di lavoro è obbligato a reintegrarlo nel posto. Dal momento in cui il datore invita il lavoratore a riprendere servizio, quest'ultimo ha trenta giorni di tempo per ottemperare all'invito, non soltanto ripresentandosi in azienda, ma anche manifestando in modo chiaro il proprio intendimento di accettare la ricostituzione del rapporto di lavoro (284); decorso inutilmente questo termine — sempre a norma del quinto comma dell'art. 18 — il rapporto cessa automaticamente (§ 493). Può dunque

accadere — anche se non è chiara la ragione che ha indotto il legislatore a disporre in tal senso, con la fissazione di due date di decorrenza diverse — che il termine entro il quale il lavoratore deve riprendere il lavoro, in seguito all'invito del datore, scada prima o dopo il termine entro il quale egli deve esercitare l'opzione per l'indennità sostitutiva, in seguito alla comunicazione del deposito della sentenza che dispone la reintegrazione: donde un insieme complesso di problemi interpretativi e applicativi di non facile soluzione. Quando la scadenza del termine dei trenta giorni per l'opzione sia successiva a quella del termine per la ripresa del lavoro, deve — secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale prevalente, che mi sembra il più ragionevole (285) — ritenersi che il lavoratore non possa compiere l'opzione dopo aver ripreso il lavoro; cioè che non sia ammissibile l'accettazione «con riserva», da parte sua, della ricostituzione del rapporto (286): una volta rientrato in azienda, egli non può più rinunciare al posto pretendendo l'indennità sostitutiva (287).

Della quantificazione del danno da licenziamento illegittimo e del relativo risarcimento tratteremo nel paragrafo che segue. Quanto all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, si è molto discusso in passato circa la sua eseguibilità in forma coattiva (288). La difficoltà nasce dalla necessità imprescindibile, per la ripresa dello svolgimento della prestazione lavorativa subordinata, di una collaborazione continuativa del creditore, non soltanto passiva ma anche attiva, consistente nell'organizzazione e direzione dell'attività del prestatore. Esclusa — come deve ragionevolmente escludersi — l'ammissibilità della sostituzione giudiziale del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere organizzativo e direttivo con un commissario *ad acta* a norma dell'art. 612 c.p.c. (289), l'esecuzione coattiva è esperibile soltanto per una parte degli obblighi implicati dall'ordine di reintegrazione: quello della pura e semplice riammissione nel luogo di lavoro, alla quale il lavoratore può avere interesse anche soltanto in funzione dell'esercizio dei propri diritti sindacali e in particolare della partecipazione a riunioni e assemblee; inoltre quelli della sua reinscrizione nei libri paga e matricola (§ 272) e della riattivazione della sua posizione previdenziale (290); e soprattutto l'obbligo del pagamento della retribuzione, che esercita sul datore di lavoro una coazione indiretta a consentire la ripresa della prestazione per evitare o ridurre la perdita conseguente alla soccombenza giudiziale.

Di fatto, accade sovente — soprattutto, ma non soltanto, quando a essere dichiarato illegittimo è un licenziamento disciplinare — che il datore di lavoro dia esecuzione all'ordine di reintegrazione soltanto per la parte relativa alla reinscrizione nei libri paga e matricola, alla retribuzione e alla contribuzione previdenziale, esonerando il lavoratore dalla prestazione lavorativa. Quando l'esonerazione si protragga a lungo, il demansionamento può causare al lavoratore un danno, risarcibile secondo i criteri di cui si è detto a suo luogo (§ 297), danno della cui sussistenza effettiva, secondo la giurisprudenza più recente (291), il lavoratore stesso deve dare la prova.

Si discute se sia legittimo reintegrare il lavoratore in un luogo diverso da quello nel quale egli prestava servizio al momento del licenziamento illegittimo, cioè trasferirlo contestualmente alla reintegrazione; prevale oggi l'orientamento negativo, secondo il quale l'eventuale trasferimento — sempreché legittimo *ex art.* 2103 c.c. (§ 299) — può essere disposto soltanto in un secondo tempo (292).

Accade sovente, altresì, che una sentenza di illegittimità del licenziamento venga riformata o cassata in un grado superiore del giudizio. In tal caso — secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi dopo una sentenza delle Sezioni Unite del 1988 e dopo la modifica dell'art. 336 c.p.c. ad opera dell'art. 48 della legge 26 novembre 1990 n. 353 (293) — il datore ha il diritto di ripetere dal lavoratore e dall'istituto previdenziale quanto pagato loro, in ottemperanza alla sentenza riformata o cassata, rispettivamente a titolo di risarcimento corrispondente alla retribuzione e a titolo di contribuzione, per il solo periodo intercorso tra il licenziamento e la sentenza stessa. Non sono invece ripetibili la retribuzione e la relativa contribuzione pagate per il periodo successivo alla sentenza, sul presupposto che in tale periodo il rapporto di lavoro si considera comunque riattivato a tutti gli effetti e quindi la retribuzione si considera comunque dovuta, anche nel caso di rinuncia del datore alla prestazione lavorativa (294). Questo orientamento giurisprudenziale mira sostanzialmente a evitare che il datore di lavoro sia disincentivato dall'ottemperare integralmente all'ordine di reintegrazione dalla possibilità di recuperare le retribuzioni pagate in caso di vittoria nelle fasi successive del giudizio.

Quelli che ho sintetizzato fin qui sono gli effetti comuni a tutte le sentenze di illegittimità del licenziamento per violazione della legge n. 604/1966, quale che sia il tipo di invalidità dell'atto secondo la tripartizione desumibile dalle espressioni che compaiono in proposito nella legge stessa e nell'art. 18 St. lav. (nullità, annullabilità, inefficacia). Resta da chiedersi se tale tripartizione conservi qualche rilievo pratico, nell'area in cui si applica l'art. 18 St. lav.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza ha individuato alcune residue e marginali differenze fra i tre casi di illegittimità del licenziamento, tra le quali la più rilevante sarebbe quella relativa all'inapplicabilità del termine di decadenza per l'impugnazione ai licenziamenti nulli, o inefficaci per vizio di forma; ma si è visto (§ 521) come la giurisprudenza più recente sia condivisibilmente orientata nel senso dell'applicabilità del termine di decadenza anche all'impugnazione del licenziamento nullo per illiceità dei motivi; e come ben possa sostenersi l'applicabilità del termine di decadenza anche all'impugnazione del licenziamento affetto da vizio di forma. Un'altra differenza sarebbe costituita dal diritto del lavoratore di percepire le competenze di fine rapporto in conseguenza del licenziamento annullabile (salvo, ovviamente, l'obbligo di restituire dopo che il licenziamento sia stato annullato) (295) e non in conseguenza del licenziamento nullo o inefficace, stante la sua improduttività di effetti giuridici; ma non mi consta che sia mai accaduto che un datore di lavoro abbia eccepito la nullità del licenziamento al lavoratore che agiva per il

pagamento delle competenze di fine rapporto. Un'altra differenza ancora sarebbe costituita dalla non prescrittibilità dell'azione di nullità del licenziamento, a fronte della prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento (296); anche su questa differenza nutro qualche perplessità, poiché mi sembra già poco plausibile che, in questa materia, si consenta di attendere cinque anni per l'azione di annullamento (v. ancora § 521): consentire che un'azione di nullità del licenziamento venga promossa addirittura oltre quel termine mi parrebbe davvero assurdo (non ho, comunque, notizia che ciò sia mai accaduto).

Non ha oggi alcun seguito apprezzabile, invece, la tesi secondo cui il licenziamento nullo o inefficace, a differenza di quello annullabile, darebbe luogo al cumulo, in favore del lavoratore licenziato, del diritto al risarcimento nella misura minima di cinque mensilità e del diritto al pagamento delle retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella della reintegrazione: per questo aspetto deve ritenersi che l'art. 18 St. lav. abbia sicuramente unificato gli effetti della nullità con quelli dell'annullabilità ed equiparato nella sostanza il pagamento delle retribuzioni maturate al pagamento del risarcimento ad esse corrispondente.

Quasi del tutto priva, dunque, di rilevanza pratica nell'area della tutela reale, la tripartizione delle cause di illegittimità del licenziamento assume invece — come vedremo tra breve — un rilievo assai notevole nell'area della tutela obbligatoria (§ 526).

**524. Il risarcimento del danno da perdita di reddito e la questione del possibile danno ulteriore.** — Il risarcimento del danno a cui il datore di lavoro viene condannato a norma del quarto comma dell'art. 18 St. lav. deve essere inteso come un risarcimento in forma specifica, cioè come pagamento di «retribuzione» a tutti gli effetti (297), oltre che della corrispondente contribuzione previdenziale. Nel calcolo di tale retribuzione occorre tenere conto non soltanto della retribuzione-base dovuta per contratto, ma di tutto quanto il lavoratore avrebbe presumibilmente guadagnato in concreto se il rapporto fosse proseguito regolarmente: quindi anche degli elementi variabili, per i quali può farsi riferimento alla media dell'ultimo periodo, in analogia con quanto disposto dall'art. 2121 c.c. per l'indennità sostitutiva del preavviso (§ 512) (298).

È ovviamente ammissibile il conguaglio tra quanto dovuto al lavoratore a titolo di risarcimento del danno per il licenziamento illegittimo e quanto da lui ricevuto in seguito al licenziamento stesso a titolo di trattamento di fine rapporto e di indennità sostitutiva del preavviso (299). Può essere inoltre detratto dalla somma dovuta dal datore a titolo risarcitorio quanto il lavoratore abbia percepito, nel periodo intercorrente fra il licenziamento e la reintegrazione, a titolo di indennità di disoccupazione (300), di trattamento pensionistico non cumulabile con redditi di lavoro (301), o di corrispettivo per un'attività lavorativa in favore di terzi che egli non avrebbe potuto svolgere se non fosse stato licenziato (qui prevale la logica risarcitoria su quella del mero maturare di retribuzioni dovute); ma la detraibilità dell'*aliunde perceptum* non può, comunque, spingersi al punto di ridurre la somma dovuta dal datore al di sotto del limite minimo delle cinque mensilità (302).

Il risarcimento del danno nella misura minima delle cinque mensilità, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, è sempre dovuto, in conseguenza del difetto di giustificazione del licenziamento, nell'area in cui si applica l'art. 18 St. lav., anche quando il datore di lavoro non ne abbia alcuna colpa: in questo senso si è pronunciata anche recentemente la Corte di Cassazione, ascrivendo l'obbligo risarcitorio al rischio d'impresa («una forma di responsabilità oggettiva»), in riferimento a un caso in cui il licenziamento era stato motivato da un accertamento *ex art. 5 St. lav.*, 3° c., di inidoneità irreversibile del lavoratore alle mansioni contrattuali, ma era stato poi annullato in seguito a un accertamento giudiziale di segno contrario (303); e la Consulta ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità sollevata in proposito (304). Viceversa, sembra prevalere l'orientamento secondo il quale, quando l'invalidità del licenziamento non sia imputabile a «responsabilità soggettiva» del datore di lavoro, il risarcimento è dovuto soltanto nella misura minima, anche quando il danno effettivo subito dal lavoratore sia superiore (305).

Si è discusso se il risarcimento minimo e l'indennizzo ulteriore sostitutivo della reintegrazione, alla quale il lavoratore abbia rinunciato, siano dovuti anche nel caso in cui il datore di lavoro spontaneamente revochi il licenziamento. Prevale in proposito, dopo qualche incertezza registratasi fino alla metà degli anni '80, l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'esenzione dall'indennizzo solo per l'imprenditore che revochi il licenziamento prima che l'atto abbia prodotto l'effetto dell'estromissione del lavoratore dall'azienda (306).

Il licenziamento illegittimo può causare al lavoratore un danno ulteriore rispetto alla pura e semplice perdita della retribuzione (307). Dannoso è infatti, innanzitutto, l'impedimento all'esercizio della professionalità da parte del lavoratore, che se protratto nel tempo può pregiudicare in modo assai rilevante la posizione del lavoratore stesso nel mercato ed è altresì fonte di danno esistenziale (§ 297). Il licenziamento può inoltre assumere, in certe circostanze, una connotazione ingiuriosa o addirittura diffamatoria, fonte di danno ingiusto aggiuntivo per chi lo subisce, come nel caso in cui il recesso viene motivato dal datore con una accusa infondata di disonestà nei confronti del lavoratore (308).

Va detto tuttavia che, per un verso, a produrre il danno ulteriore di natura professionale ed esistenziale contribuisce sovente anche l'inerzia del licenziato, il quale ben potrebbe, attivandosi adeguatamente, trovare in tempi relativamente brevi una nuova occupazione soddisfacente; quanto al carattere ingiurioso del licenziamento disciplinare, per altro verso, è assai raro che la motivazione del provvedimento addotta dal datore sia totalmente infondata, frutto di una

macchinazione malvagia: assai più sovente accade che la mancanza sussista, anche se non è ritenuta dal giudice così grave da giustificare la sanzione più grave. È questo il motivo per cui si registra una marcata — e ben giustificata — riluttanza dei giudici ad accogliere la domanda di risarcimento del danno nelle sue componenti non retributive; e solitamente la motivazione con cui tale domanda viene disattesa, nonostante l'accoglimento dell'impugnazione del licenziamento, consiste nell'inadempimento da parte del lavoratore dell'onere della prova circa la sussistenza del danno ulteriore, non potendosi questo — a differenza del danno consistente nella perdita retributiva — considerare come automatica conseguenza dell'ingiustificatezza del licenziamento (309).

**525. Effetti distorsivi dell'alea del giudizio sulla portata effettiva della limitazione della facoltà di recesso del datore, nell'area della tutela reale.** — È stato osservato che, nell'area di applicazione dell'art. 18 St. lav., i lavoratori e gli imprenditori determinano le proprie strategie di comportamento nelle controversie in materia di licenziamento per giustificato motivo o giusta causa facendo riferimento non all'orientamento *medio* tra quelli dei giudici del lavoro che potranno essere investiti della questione, bensì all'orientamento del giudice più severo circa la legittimità del licenziamento (310). In una vicenda giudiziale che può svolgersi attraverso tre, quattro, cinque e persino sei e più gradi di giudizio — ivi compresi i due possibili gradi del giudizio cautelare — e durare molti anni, basta infatti una sola decisione contraria alla legittimità del licenziamento, con conseguente reintegrazione del lavoratore e pagamento delle retribuzioni e contributi previdenziali (con le sanzioni civili e amministrative per il ritardo) relativi al periodo intercorso tra il licenziamento e la sentenza stessa, per attribuire al lavoratore un rilevante beneficio economico e causare una perdita altrettanto rilevante per l'impresa. Perdita che di fatto può essere recuperata dall'impresa soltanto in parte, e non nella parte maggiore, in seguito all'eventuale successiva sentenza di riforma o cassazione favorevole alla legittimità del licenziamento: sia perché quanto è stato pagato al lavoratore per il periodo successivo alla prima decisione, a lui favorevole, è per giurisprudenza consolidata irripetibile (§ 523), sia perché quanto è stato pagato indebitamente al lavoratore a titolo di risarcimento del danno per il periodo precedente alla sentenza a lui favorevole è sovente irrecuperabile di fatto.

In altre parole, nell'area della tutela reale una controversia giudiziale in materia di licenziamento è molto simile a una partita articolata in diverse *manches*, nella quale al lavoratore basta vincerne una sola per vincere almeno gran parte della posta in gioco. È questo uno dei fattori determinanti — e non il meno importante — della rigidità effettiva della disciplina dei licenziamenti nel nostro ordinamento, che è notevolmente maggiore rispetto a quella degli ordinamenti nei quali il giudizio di insufficienza dei motivi del licenziamento non porta senz'altro alla reintegrazione del lavoratore, ma soltanto all'imposizione dell'alternativa tra la reintegrazione e il risarcimento del danno entro un limite predeterminato, anche assai elevato. L'ampia varietà delle opinioni dei giudici su quale sia il confine tra licenziamento giustificato e non giustificato (311) esiste anche in Francia, Spagna o Gran Bretagna; ma lì non accade — o accade assai meno frequentemente — che basti la soccombenza del datore di lavoro in un solo grado del giudizio, anche iniziale, o intermedio, per determinare un esito sostanzialmente per lui negativo dell'intero giudizio, nonostante l'eventuale sentenza favorevole finale.

**526. Il licenziamento illegittimo ma efficace.** A) *La tutela obbligatoria nelle aziende di minori dimensioni.* — Nei casi in cui l'organico aziendale non supera né la soglia dei quindici dipendenti nell'unità produttiva o nel territorio comunale, né la soglia dei sessanta complessivi, all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento per difetto di giustificato motivo consegue la condanna del datore «a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli una indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro» (art. 8 della legge n. 604/1966, come sostituito dall'art. 2 della legge n. 108/1990) (312).

Nell'area della c.d. tutela obbligatoria, dunque, il licenziamento intimato al lavoratore in violazione della regola del giustificato motivo non è suscettibile di annullamento da parte del giudice, bensì è idoneo a produrre l'effetto risolutivo in modo irreversibile, derivandone a carico del datore soltanto un'obbligazione alternativa: ricostituire il rapporto con il lavoratore (senza però dovergli corrispondere alcun risarcimento per il periodo intercorso tra il licenziamento e la riassunzione), oppure corrispondergli un indennizzo che, quando l'organico aziendale non superi i 15 dipendenti complessivi, è contenuto dalla legge in limiti molto modesti (313). In quest'area, dunque, il datore non può essere obbligato a ricostituire il rapporto, essendogli concessa sempre l'«uscita di sicurezza» dell'indennizzo (314); deve ritenersi, però, che al lavoratore sia data la possibilità di rivendicare il solo indennizzo, non potendo in tal caso il datore scegliere unilateralmente la ricostituzione del rapporto (315).

Si discute se, nell'area della tutela obbligatoria, all'indennizzo disposto dalla legge si aggiunga l'indennità sostitutiva del preavviso, registrandosi in proposito qualche sentenza in senso negativo, motivata col fatto che in quest'area il licenziamento illegittimo, pur producendo l'effetto risolutivo, non ricadrebbe nell'area di applicazione dell'art. 2118 c.c., o che il risarcimento stabilito dalla legge assorbirebbe il danno della perdita del preavviso (316). A me sembra preferibile la soluzione opposta, nel senso del cumulo dell'indennizzo per il licenziamento ingiustificato con l'indennità sostitutiva del preavviso, innanzitutto perché il licenziamento — pur illegittimo per difetto di giustificazione — produce comunque l'effetto risolutivo che è proprio del licenziamento *ad nutum* disciplinato dall'art. 2118. Ma a sostegno di questa opzione sistematica sta anche una considerazione di carattere equitativo: a fronte di un indennizzo che, come si è visto, per le imprese di dimensioni minori va da un minimo di due mensilità e mezza a un massimo di sei, i contratti collettivi prevedono termini di preavviso di tre, sei e persino otto o dodici mesi (e' il caso dei giornalisti); sarebbe dunque palesemente iniquo e irrazionale che in queste imprese l'applicazione della disciplina legislativa limitativa della facoltà di recesso del datore producesse per i lavoratori l'effetto di una riduzione della protezione predisposta per loro dal contratto collettivo.

Nell'area delle imprese di dimensioni minori la tutela reale è esclusa quando il licenziamento sia illegittimo soltanto per difetto di giustificato motivo; essa invece si applica quando il licenziamento sia colpito dalla sanzione della *nullità* comminata dall'art. 4 della legge n. 604/1966 e dall'art. 3 della legge n. 108/1990 per i licenziamenti discriminatori o di rappresaglia: quest'ultima norma dispone esplicitamente l'applicazione di tale sanzione, con le conseguenze di cui all'art. 18 St. lav. (§ 523), anche nelle aziende minori (317).

Più incerta è l'applicabilità della tutela reale nelle aziende minori quando il licenziamento sia viziato dal difetto della forma scritta o della comunicazione dei motivi: torneremo sul punto nel § 528 (318).

**527.** Segue. B) *La tutela obbligatoria nelle organizzazioni di tendenza.* — A norma del primo comma dell'art. 4 della legge n. 108/1990, sono esentati dal regime di tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati — oltre ai datori di lavoro titolari di aziende che non superano le soglie dimensionali di cui si è detto (§ 522) ivi indicate — anche i «datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, ovvero di religione o di culto» Viene in questo modo esentato dal regime della tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati un insieme di organizzazioni per un verso più ridotto, per altro verso più ampio, rispetto all'insieme di quelle che la dottrina precedente aveva già da tempo individuato, pur in assenza di alcuna previsione legislativa, come le «imprese di tendenza», caratterizzate dall'immanenza delle loro finalità ideologiche nella causa del contratto di lavoro con i loro dipendenti (319): più ridotto, perché ne restano discutibilmente escluse le organizzazioni di natura imprenditoriale, come gli editori di giornali «di tendenza» (e qui non si vede davvero perché la tutela della «tendenza» debba essere assicurata a un partito o al suo sindacato e non al suo organo di stampa); più ampio, perché la formulazione della norma consente di ricomprendere nel novero delle organizzazioni esenti dal regime di tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati non soltanto associazioni politiche, sindacali o religiose, ma anche anche organizzazioni svolgenti attività *lato sensu* «culturale» istituzionalmente prive di alcuna tendenza ideologica (come ad esempio una associazione che organizza spettacoli teatrali o concerti musicali, o promuove ricerche mediche o scientifiche), purché a carattere non imprenditoriale (320). Si discute se in questo novero possano ricomprendersi anche gli enti che gestiscono scuole private a pagamento, oppure no, in considerazione del fatto che questa attività configura la produzione e offerta di un servizio, in concorrenza con altri produttori dello stesso servizio e in forme suscettibili di fruttare un utile: donde la possibile qualificazione dell'attività stessa come imprenditoriale (321). Un problema analogo si pone per le associazioni sindacali o imprenditoriali che offrono ai propri iscritti servizi di consulenza o assistenza, sostanzialmente in concorrenza con i servizi offerti da imprese o liberi professionisti (322), e per le associazioni svolgenti attività di assistenza sociale (323).

La nuova norma esclude drasticamente le organizzazioni «di tendenza» così individuate, quando non abbiano né formalmente né sostanzialmente natura imprenditoriale, dal campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., senza operare distinzioni tra i rapporti di lavoro nei quali l'orientamento ideologico influisce sul contenuto delle mansioni affidate al lavoratore e quelli nei quali un tale influsso può escludersi (324): nessun dipendente di quelle organizzazioni può pertanto far valere un diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro in seguito a un licenziamento ingiustificato.

L'esclusione opera, però, soltanto sul piano della sanzione comminata per il licenziamento ingiustificato, non sul piano dei criteri di valutazione della giustificazione adottata dal datore: qui la regola del giustificato motivo oggettivo o soggettivo opera integralmente. Spetta a chi deve applicare quella regola valutare la sussistenza del giustificato motivo attribuendo il giusto peso all'orientamento ideologico dell'organizzazione datrice di lavoro e all'adesione più o meno intensa del lavoratore a quell'orientamento, in considerazione delle circostanze e del contenuto della prestazione lavorativa. Senza gravi patemi d'animo: perché l'applicazione del solo regime della tutela obbligatoria sdrammatizza gli effetti del giudizio sulla legittimità del licenziamento, offrendo sempre all'organizzazione di tendenza la possibilità di liberarsi del collaboratore «non in linea» mediante il pagamento dell'indennizzo. Questo presuppone, ovviamente, l'interpretazione della norma in esame secondo cui, data la natura particolare del datore di lavoro e dell'azienda, il motivo ideologico addotto a motivazione del licenziamento deve essere sempre considerato come motivo «inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», ex art. 3 della legge

n. 604/1966, e mai come motivo discriminatorio; altrimenti, il giudizio sul «licenziamento ideologico» nelle organizzazioni di tendenza verterebbe tra due soluzioni diametralmente opposte: nullità radicale o libertà assoluta. A me sembra che il legislatore abbia voluto proprio evitare questa alternativa drammatica, garantendo all'organizzazione di tendenza una sorta di «uscita di sicurezza» anche nel caso in cui le sue ragioni ideologiche non siano accolte dal giudice (325).

L'esenzione dal regime della tutela reale vale, tuttavia, soltanto per il caso in cui l'illegittimità dipenda da difetto di giustificato motivo del licenziamento: non — secondo la giurisprudenza oggi prevalente — per il caso in cui l'illegittimità del licenziamento dipenda da un difetto di forma (326).

Non occorre dire che l'applicabilità della disciplina limitativa del licenziamento presuppone l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato: ne sono ovviamente escluse le prestazioni di lavoro volontario gratuito (§ 90), particolarmente frequenti nelle organizzazioni di tendenza (327).

**528.** *La questione del licenziamento illegittimo per difetto di forma o di procedimento disciplinare, nell'area della tutela reale e in quella della tutela obbligatoria.* — Per il difetto di forma del licenziamento, come si è visto (§ 523), la legge commina la sanzione dell'«inefficacia» dell'atto, che qui non significa sostanzialmente altro se non nullità.

Questa sanzione, secondo l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza, si applica anche nelle aziende di piccole dimensioni: anche in queste, dunque, il licenziamento verbale non produce l'effetto della cessazione del rapporto (328).

È però un problema apertissimo, in dottrina e in giurisprudenza, quello degli effetti ulteriori che si ricollegano a tale inefficacia: problema al quale non sembra essere stata ancora trovata una soluzione generale soddisfacente sul piano sistematico; onde i giudici sembrano andare di volta in volta alla ricerca della soluzione più soddisfacente sul piano equitativo nel caso concreto. Prevale l'opinione secondo la quale, nelle aziende nelle quali non si applica l'art. 18 St. lav. per il licenziamento ingiustificato, lo stesso art. 18 non si applicherebbe neppure per il licenziamento reso inefficace dal vizio di forma: il lavoratore avrebbe pertanto, in questo caso, diritto soltanto alla reintegrazione nel posto e a un risarcimento corrispondente alle retribuzioni maturate *medio tempore*, dedotto l'*aliunde perceptum* (329), ma non si applicherebbe il limite minimo delle cinque mensilità e addirittura, secondo alcune pronunce, il risarcimento non potrebbe coprire periodi durante i quali il lavoratore non abbia messo in mora il datore offrendogli la propria prestazione lavorativa (330). Si registrano peraltro anche numerose sentenze nel senso dell'applicabilità, nel caso del licenziamento affetto da vizio di forma nelle imprese di dimensioni minori, della sola tutela risarcitoria (331).

In termini diversi si pone, nel silenzio della legge, la questione della sanzione applicabile al licenziamento intimato senza comunicazione tempestiva dei motivi, nonché al licenziamento disciplinare, cioè motivato con un inadempimento del lavoratore, che sia stato intimato senza il rispetto del requisito procedimentale di cui all'art. 7 St. lav. (§ 486). La soluzione più logica e lineare — tanto nell'area della tutela reale, quanto in quella della tutela obbligatoria — consiste a mio avviso nel considerare l'adempimento degli oneri procedimentali quale condizione indispensabile affinché il datore possa far valere la giustificazione del licenziamento: quando quegli oneri non siano stati adempiuti, dunque, il motivo (oggettivo o soggettivo) del licenziamento non può essere fatto valere e il licenziamento stesso resta privo di giustificazione, con gli effetti che alla insufficienza di giustificazione sono riconnessi dalla legge, in relazione alle dimensioni e alla qualità dell'azienda.

Questa tesi non ha conseguenze rilevanti sul piano pratico nell'area in cui è applicabile l'art. 18 St. lav., poiché qui, come si è visto, la stessa norma unifica gli effetti dell'annullabilità e dell'inefficacia o nullità del licenziamento (§ 523); nell'area della tutela obbligatoria questa tesi — oggi condivisa dalla giurisprudenza nettamente predominante (332), ma non del tutto univoca (333) — produce invece la conseguenza relevantissima di assoggettare il licenziamento disciplinare intimato in violazione dell'art. 7 St. lav., così come quello intimato senza comunicazione tempestiva dei motivi, al regime della tutela obbligatoria, in virtù del quale il licenziamento stesso è illegittimo ma efficace, derivandone soltanto l'obbligo di indennizzo a carico del datore di lavoro che non intenda ricostituire il rapporto con il lavoratore licenziato.

Si registra, tuttavia, un orientamento giurisprudenziale cospicuo, ancorché non maggioritario, nel senso della nullità (o, che è lo stesso, inefficacia insanabile) del licenziamento disciplinare privo dei requisiti procedimentali di cui all'art. 7 St. lav. (334), per lo più ritenendosi applicabile in tal caso l'art. 18 St. lav., almeno nell'area in cui opera il regime della tutela reale (§ 523). Quanto all'area delle aziende di piccole dimensioni, se si aderisce a questo orientamento ne consegue anche qui il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto e al pagamento di tutte le retribuzioni maturate fino a quel momento.

**529.** *Altri casi di nullità del licenziamento. La questione dell'applicabilità dell'art. 18 St. lav. anche in questi casi.* — Oltre che per il licenziamento discriminatorio, la legge (l. 9 gennaio 1963 n. 7) commina altresì la nullità per il licenziamento intimato alla lavoratrice nel periodo intercorrente fra le pubblicazioni prematrimoniali e il termine di un anno dalla celebrazione del matrimonio, salvo che il datore di lavoro dimostri la sussistenza di una colpa grave della



lavoratrice medesima costituente giusta causa di recesso, oppure la cessazione totale dell'attività dell'azienda (335). Un altro caso di nullità — in seguito alla sentenza della Corte costituzionale, con conseguente adeguamento della disciplina legislativa della materia, di cui si è detto a suo luogo — è quello in cui il licenziamento sia intimato alla lavoratrice madre nel periodo intercorrente fra l'inizio della gravidanza e il compimento di un anno di età del bambino (§ 403).

Si discute se in questi due casi debba considerarsi applicabile al licenziamento illegittimo l'art. 18 St. lav. A sostegno della tesi affermativa si è osservato che, per un verso, entrambe le fattispecie possono essere sussunte nella nozione generale di licenziamento discriminatorio, per altro verso l'apparato sanzionatorio previsto dallo Statuto dei lavoratori sarebbe dotato di una sua *vis expansiva*, tale da imporne l'applicazione anche al di fuori dei casi di violazione della legge n. 604/1966 (336). A questa tesi può, però, obiettarsi che tanto nel caso del licenziamento della lavoratrice incinta, quanto in quello della lavoratrice che sta per sposarsi, il datore di lavoro può essere del tutto ignaro della causa di illegittimità dell'atto: onde appare fuori luogo l'applicazione della regola del risarcimento minimo contenuta nell'art. 18, che si giustifica soprattutto in chiave dissuasiva. A me sembra pertanto preferibile la tesi secondo cui nei due casi menzionati la nullità del licenziamento produce soltanto l'effetto della reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro e del pagamento in suo favore di tutte le retribuzioni maturate in precedenza, non applicandosi il limite minimo delle cinque mensilità di risarcimento.

La tesi proposta è anche quella che meglio si coniuga con l'orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente, nel senso dell'inapplicabilità, per l'impugnazione del licenziamento nullo per causa di matrimonio o di quello della lavoratrice madre, del termine di sessanta giorni di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966 (§ 521) (337).

**530. Inefficacia temporanea del licenziamento del lavoratore assente per malattia, infortunio o servizio militare.** — Prevale nettamente l'orientamento secondo cui il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 (malattia o infortunio: § 390) o dell'art. 2111 c.c. (servizio militare: § 415) non è nullo, ma soltanto temporaneamente inefficace e destinato a produrre l'effetto risolutivo al rientro del lavoratore o alla scadenza del periodo di comportamento (338). Abbiamo visto a suo luogo (§ 392) come alla scadenza del periodo di comportamento il licenziamento produca senz'altro l'effetto risolutivo, se motivato con il superamento del termine, senza necessità di una giustificazione ulteriore. Se invece il lavoratore rientra al lavoro prima di quella scadenza, il licenziamento produce pur sempre l'effetto risolutivo, ma deve essere valutato alla stregua della regola del giustificato motivo, in difetto del quale esso è illegittimo, con le diverse conseguenze che dipendono dall'applicabilità nel caso specifico del regime di tutela reale o di quello di tutela obbligatoria.

**531. Distribuzione e modalità di assolvimento dell'onere della prova circa i fatti rilevanti ai fini della legittimità del licenziamento e dell'individuazione del regime di protezione applicabile.** — A norma dell'art. 5 della legge n. 604/1966, ma anche in applicazione della regola generale di cui all'art. 1218 c.c. (339) e all'art. 2697 c.c. (340), incombe sul datore di lavoro l'onere di provare il giustificato motivo del proprio recesso dal rapporto (341). Per quel che riguarda il giustificato motivo oggettivo, ho argomentato a suo luogo (§ 516) la mia tesi, secondo la quale sarebbe sufficiente a tal fine la prova dell'entità della perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto, in quanto questa superi la soglia che il giudice considera ragionevolmente accollabile al datore stesso nel caso concreto; ma fino a che l'orientamento giurisprudenziale oggi dominante non sarà mutato, il datore di lavoro dovrà curarsi, invece, di provare che il licenziamento consegue alla soppressione del posto di lavoro e non alla sostituzione di un lavoratore con un altro e che non è possibile ricollocare utilmente il lavoratore licenziato in altra posizione in seno all'azienda (c.d. *repêchage*) senza che questo determini una perdita di entità eccessiva (342).

Quanto al giustificato motivo soggettivo, secondo l'orientamento a mio avviso preferibile, ciò che incombe al datore di lavoro di provare è il « notevole inadempimento » nella sua manifestazione oggettiva (ad esempio: il lavoro mal fatto, l'assenza ingiustificata, la perdita del bene affidato in custodia al lavoratore), gravando sul licenziato l'onere di dimostrarne la non imputabilità a propria colpa o l'esistenza di circostanze attenuanti della colpa stessa (343).

Incombe al datore di lavoro anche l'onere di provare l'*aliunde perceptum*, al fine della riduzione del risarcimento dovuto al lavoratore in conseguenza dell'illegittimità del licenziamento: la quantificazione del risarcimento in misura corrispondente alle retribuzioni che sarebbero maturate nel periodo tra il licenziamento e la reintegrazione, a norma del quarto comma dell'art. 18 St. lav. (§ 524), infatti, deve intendersi come fondata su di una presunzione *iuris tantum* dell'entità del danno subito dal lavoratore (344).

Incombe invece al lavoratore, innanzitutto, l'onere di dimostrare di essere stato licenziato, in tutti i casi in cui la cessazione del rapporto possa essere altrimenti imputata a dimissioni (§ 495) o a risoluzione consensuale (§ 498) (345). Inoltre l'onere di dimostrare la discriminazione o comunque il motivo illegittimo che egli assuma costituire il motivo determinante del licenziamento, al fine di ottenerne la declaratoria di nullità. Si è parlato sovente, a questo proposito, di *probatio diabolica*; è però pacifico che l'accertamento del motivo discriminatorio può fondarsi anche soltanto su

presunzioni semplici; e l'esperienza forense insegna che quando la motivazione oggettiva o disciplinare addotta dal datore di lavoro a sostegno del licenziamento si riveli del tutto inconsistente, anche il mero indizio della natura discriminatoria del licenziamento può bastare perché il giudice se ne convinca. È ben vero che oggi sono rare le sentenze in cui questo convincimento del giudice viene esplicitato in motivazione; ma ciò è dovuto al fatto che al giudice è sufficiente l'accertamento dell'insufficienza del motivo oggettivo o disciplinare addotto dal datore, per motivare l'adozione di un provvedimento reintegratorio e risarcitorio in tutto e per tutto identico a quello che verrebbe adottato in conseguenza dell'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento (§ 523).

Si discute sul punto se incomba al lavoratore — secondo l'orientamento giurisprudenziale che ha lungamente prevalso (346) — o al datore di lavoro (347) l'onere di dimostrare la sussistenza o no dei requisiti dimensionali dell'azienda necessari per l'applicazione dell'art. 18 St. lav. (§ 522). È invece pacifico che incombe al datore di dimostrare la sussistenza dei requisiti, circa la natura del rapporto o la posizione previdenziale del lavoratore, necessari per l'esenzione dalla disciplina limitativa del licenziamento (§ 520).

**532. La reiterazione del licenziamento invalido nel regime di tutela reale.** — Quando il licenziamento di un lavoratore sia stato dichiarato invalido per vizio di forma o per violazione dell'art. 7 St. lav. (§ 528), il datore di lavoro può procedere validamente a un nuovo licenziamento dello stesso lavoratore, evitando questa volta di incorrere nello stesso errore (348). Quando il motivo del recesso sia costituito da una mancanza del lavoratore, la regola dell'immediatezza della reazione disciplinare (§§ 483-484) può essere di ostacolo alla reiterazione solo nel caso assai raro in cui il vizio del primo licenziamento sia consistito nell'omissione della contestazione dell'addebito in forma scritta e il tempo trascorso sia tale da compromettere la possibilità di difesa del lavoratore (349). Nella quasi totalità dei casi il difetto di immediatezza non può, invece, configurarsi sotto il profilo dell'affidamento del lavoratore sulla rinuncia del datore a sanzionare disciplinarmente la mancanza, poiché il primo licenziamento disciplinare, ancorché invalido, costituisce pur sempre un comportamento idoneo a manifestare la non acquiescenza del datore (350).

Un problema diverso è quello che si pone nel caso in cui il datore procede a un nuovo licenziamento a scopo cautelativo, quando il primo licenziamento è stato impugnato dal lavoratore per carenza di giustificazione, ma non vi è stata ancora alcuna pronuncia giudiziale in proposito. Si è ritenuto talvolta che in questo caso il secondo licenziamento debba considerarsi privo di causa, in quanto riferito a un rapporto di lavoro inesistente (351): si può infatti argomentare, a sostegno di questa tesi, che fino alla sentenza di annullamento il licenziamento privo di giustificato motivo o giusta causa produce il proprio effetto risolutivo, determinando l'inesistenza di alcun rapporto contrattuale fra le parti. Questa tesi, però, a me sembra eccessivamente formalistica e non rispettosa del principio di conservazione del negozio giuridico: in una situazione nella quale l'ordinamento attribuisce al lavoratore, con l'art. 18 St. lav., il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro con effetto *ex tunc* nell'ipotesi nella quale il licenziamento sia ritenuto dal giudice ingiustificato, e il procedimento giudiziale necessario per tale decisione può durare degli anni, non mi sembra ragionevole negare un contenuto negoziale apprezzabile e legittimo all'atto con il quale il datore di lavoro eserciti anticipatamente la propria facoltà di recesso, in riferimento all'ipotesi di annullamento giudiziale del primo licenziamento. Il problema non dovrebbe invece neppure porsi in riferimento al caso nel quale il lavoratore chieda la dichiarazione giudiziale di nullità del primo licenziamento, poiché l'accoglimento di tale domanda comporta l'accertamento dell'assenza di qualsiasi effetto di quel primo recesso e dunque l'accertamento della giuridica sussistenza del rapporto di lavoro tra le parti nel momento in cui il nuovo licenziamento è stato intimato.

**533. La tutela contrattuale della stabilità del posto di lavoro del dirigente e la nozione di «giustificatezza» del licenziamento rilevante in proposito.** — Esclusi dal campo di applicazione della regola di fonte legislativa della giustificazione del licenziamento (§ 520), i lavoratori correttamente inquadrati come dirigenti (352) godono tuttavia, nella maggior parte dei casi, di una protezione di fonte collettiva articolata in due garanzie: l'onere a carico del datore di un preavviso assai consistente (da otto a dodici mesi nei settori industriale, terziario, del credito e delle assicurazioni) e quello di una idonea giustificazione del licenziamento, sotto pena di un indennizzo anch'esso assai consistente, per lo più variabile da un minimo pari al preavviso, a un massimo pari a una annualità e mezzo o due dell'ultima retribuzione. In pratica, il costo per l'imprenditore del licenziamento scorretto del dirigente può andare da un minimo pari approssimativamente a una annualità di retribuzione fino a un massimo pari a circa tre annualità.

È massima ricorrente nella giurisprudenza dell'ultimo decennio quella secondo cui la nozione di «giustificatezza» del licenziamento del dirigente, a norma dei contratti collettivi di categoria, non coincide con quella di giustificato motivo sulla quale è imperniata la protezione legislativa contro il licenziamento della generalità dei lavoratori (353). Questa affermazione è condivisibile, ma va resa più precisa.

La tecnica normativa utilizzata nei due casi è sostanzialmente identica: una regola di contenuto estremamente generico (clausola generale) affida al giudice o arbitro la valutazione discrezionale del limite della perdita attesa che può ragionevolmente essere accollata all'impresa nel caso del licenziamento per motivi economici (354), oppure del limite

della gravità dell'inadempimento del dipendente nel caso del licenziamento per motivi disciplinari. La differenza del limite della perdita attesa accollabile all'impresa, o del limite della gravità dell'inadempimento, nel caso del dirigente rispetto a quello di un qualsiasi altro lavoratore, dipende dal fatto che la stessa disposizione si applica in due contesti notevolmente diversi, i quali non possono non influire sulla valutazione dell'interprete. In particolare, per ciò che riguarda il licenziamento per motivi economici, la differenza può spiegarsi e giustificarsi con la considerazione che il rapporto di lavoro dirigenziale si caratterizza per una minore (ancorché pur sempre apprezzabile) estensione della «copertura assicurativa» posta dal contratto a carico dell'impresa nei confronti del dirigente, cui corrisponde infatti un minore «premio assicurativo» pagato dal secondo alla prima (§§ 6, 238 e 241): la riduzione della retribuzione del dirigente subordinato, rispetto a quella del collaboratore svolgente le stesse funzioni in regime di autonomia, è solitamente assai minore della riduzione della retribuzione della prestazione subordinata rispetto a quella autonoma ai livelli inferiori. Per ciò che riguarda, invece, il licenziamento motivato da una mancanza del lavoratore, la maggiore severità nei confronti del dirigente può spiegarsi con la sua posizione gerarchica elevata in seno all'azienda e con il valore esemplare (in senso negativo) conseguentemente più accentuato che il suo comportamento scorretto può assumere in seno alla compagine aziendale (355).

Il contratto collettivo per i dirigenti del settore industriale stabilisce che in caso di ristrutturazione aziendale il dirigente possa essere licenziato col pagamento di un'indennizzo, che si aggiunge all'eventuale indennità sostitutiva del preavviso, pari all'indennità stessa, maggiorato in misure predeterminate per i dirigenti di età compresa fra i 47 e i 55 anni (356). È questo uno dei rari casi in cui la tecnica normativa adottata per la limitazione della facoltà di licenziamento consiste nella predeterminazione in misura fissa della perdita attesa minima idonea a giustificare il licenziamento e nell'istituzione di un corrispondente costo del licenziamento in funzione di «filtro automatico».

## Sezione V

### Il licenziamento collettivo

Sommario: 534. L'evoluzione della nozione e della disciplina del licenziamento collettivo, dall'art. 15 della legge n. 264/1949 alla legge n. 604/1966. Il diritto di precedenza dei lavoratori licenziati per la riassunzione presso la stessa azienda. — 535. *Segue*. Dalla legge n. 675/1977 alle condanne dell'Italia per inottemperanza alla direttiva comunitaria n. 129/1975, negli anni '80. Le direttive n. 56/1992 e n. 59/1998. — 536. L'attuazione imperfetta della direttiva comunitaria e le anomalie strutturali della legge n. 223/1991. — 537. La stessa procedura per due fattispecie diverse: il licenziamento collettivo e il licenziamento di lavoratori precedentemente collocati in Cassa integrazione straordinaria. — 538. Rilievo limitato dell'«intendimento» dell'imprenditore di licenziare più di quattro lavoratori, cui si riferisce il primo comma dell'art. 24. — 539. La nozione di licenziamento collettivo soggetto alla disciplina speciale. — 540. La procedura. — 541. I criteri di scelta dei lavoratori, tra disciplina legislativa e autonomia collettiva. — 542. L'accordo sindacale. — 543. La questione del controllo giudiziale dei motivi del licenziamento collettivo. — 544. Il «trattamento di mobilità» e il corrispondente contributo a carico dell'impresa. — 545. Altri benefici previsti per i lavoratori iscritti nelle «liste di mobilità». Estensione dell'accesso alle liste di mobilità anche ai lavoratori licenziati individualmente per giustificato motivo oggettivo. — 546. La tutela reale contro il licenziamento collettivo illegittimo. — 547. La «mobilità collettiva» nel settore pubblico.

**534.** *L'evoluzione della nozione e della disciplina del licenziamento collettivo, dall'art. 15 della legge n. 264/1949 alla legge n. 604/1966. Il diritto di precedenza dei lavoratori licenziati per la riassunzione presso la stessa azienda.* — All'indomani della caduta dell'ordinamento corporativo, la nozione di «licenziamento collettivo» era sconosciuta alla legge, per la quale i due soli tipi di licenziamento erano quello con preavviso di cui all'art. 2118 c.c., immotivato, e quello in tronco di cui all'art. 2119 c.c., per giusta causa (§ 513). Ad attribuire per la prima volta rilievo giuridico — peraltro assai modesto — al carattere collettivo dei licenziamenti che venivano disposti dal datore di lavoro fu l'art. 15, cc. 6° e 7°, della legge 29 aprile 1949 n. 264, dove venne attribuito ai «lavoratori licenziati da un'azienda per riduzione di personale ... la precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro un anno»: a tal fine i datori di lavoro che presentavano agli uffici di collocamento richieste per l'assunzione di lavoratori dovevano dichiarare contestualmente se entro l'anno precedente vi erano stati licenziamenti per riduzione di personale, indicando i lavoratori che ne erano stati coinvolti (357). La disposizione, tuttora in vigore, è espressamente richiamata nel primo comma dell'art. 8 della legge 23 luglio 1991 n. 223, che ne conferma l'applicabilità ai lavoratori licenziati a norma di questa legge (§§ 536-543) (358).

Poiché la norma del 1949 testé citata non forniva alcuna precisazione ulteriore circa la fattispecie del licenziamento per riduzione di personale, pareva doversi intendere per tale qualsiasi licenziamento determinato soltanto dall'esigenza di sopprimere un posto di lavoro.

La stessa espressione usata dal legislatore del 1949, senza alcuna precisazione ulteriore, venne poi utilizzata anche da Cgil, Cisl, Uil e Confindustria nell'accordo interconfederale 20 dicembre 1950 per il settore dell'industria (359),

destinato a disciplinare la materia nel quindicennio successivo. Nell'accordo poteva distinguersi una «parte obbligatoria», destinata a disciplinare il rapporto tra il datore di lavoro e le organizzazioni sindacali, e una «parte normativa», destinata a disciplinare il rapporto tra datore e prestatore di lavoro nella fase di attuazione del licenziamento per riduzione del personale (360): nella prima parte l'accordo imponeva al datore di lavoro interessato l'onere di attivare una procedura di informazione preventiva ed esame congiunto nei confronti delle organizzazioni sindacali territoriali, della durata di quindici giorni; l'accordo prevedeva quindi, nella seconda parte, che all'esito di quella procedura, quando essa non avesse portato all'individuazione di soluzioni alternative, il datore di lavoro dovesse scegliere i lavoratori applicando quattro criteri in combinazione tra loro: «1° esigenze tecniche e di rendimento; 2° anzianità; 3° carichi di famiglia; 4° situazione economica» (art. 2, lett. e, dove per «anzianità» doveva intendersi l'anzianità di servizio del lavoratore e per «situazione economica» quella del suo nucleo familiare); l'accordo conteneva infine una norma sostanzialmente identica a quella contenuta nella legge n. 264/1949, della quale si è detto sopra, circa il diritto di precedenza dei lavoratori licenziati per la riassunzione presso la stessa impresa entro un anno: «in tal caso la riassunzione avverrà con i criteri obbiettivi di precedenza inversa rispetto a quelli in base ai quali furono eseguiti i licenziamenti» (art. 4).

Dieci anni dopo, a norma della legge 14 luglio 1959 n. 741 (§ 67), quell'accordo interconfederale venne recepito in un decreto delegato (d.P.R. 14 luglio 1960 n. 1019). Ma la Corte costituzionale provvide ben presto a chiarire che la recezione in norma legislativa era ammissibile soltanto per la parte normativa, non per la parte obbligatoria dell'accordo collettivo (361). Dovevano pertanto intendersi recepite nel decreto delegato, con conseguente estensione *erga omnes* della loro efficacia, le sole disposizioni relative ai criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e al loro diritto di precedenza (362). Queste erano destinate a rimanere per l'intero trentennio successivo le sole norme legislative applicabili in materia di licenziamento collettivo: la legge sui licenziamenti individuali del 1966 n. 604 fu infatti esplicita nell'escludere la propria applicabilità ai licenziamenti collettivi (art. 11, 2° c.) (363). In difetto di una definizione precisa di tale fattispecie nella stessa legge n. 604/1966, dottrina e giurisprudenza si affaticarono lungamente nel ventennio successivo nella ricerca di una linea di confine affidabile tra licenziamento individuale o plurimo per giustificato motivo oggettivo, disciplinato da quella legge, e licenziamento collettivo, soggetto soltanto all'accordo interconfederale; senza tuttavia pervenire a una soluzione che potesse considerarsi definitiva.

**535.** *Segue. Dalla legge n. 675/1977 alle condanne dell'Italia per inottemperanza alla direttiva comunitaria n. 129/1975, negli anni '80. Le direttive n. 56/1992 e n. 59/1998.* — La questione della disciplina legislativa dei licenziamenti collettivi torno all'ordine del giorno nella seconda metà degli anni '70, quando la direttiva comunitaria 17 febbraio 1975 n. 129 (basata sull'art. 100 del Trattato, ora art. 94) impose agli Stati membri della Comunità Europea di inserire nelle proprie legislazioni interne alcune regole essenziali (364). Fermo il criterio qualitativo per la definizione della nozione di licenziamento collettivo (per cui esso è costituito da un insieme di licenziamenti «per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore»), la direttiva comunitaria consentiva agli Stati membri la scelta tra due criteri quantitativi del licenziamento collettivo, entrambi basati sulla ricorrenza entro un certo periodo di tempo di un numero minimo di recessi individuali (365); e imponeva al datore di lavoro, quando ne ricorressero i requisiti così individuati, l'onere dell'attivazione preventiva di una procedura di informazione ed esame congiunto. Il legislatore italiano preferì, in un primo tempo, battere una strada completamente diversa da quella indicata dalla direttiva per la disciplina dei licenziamenti collettivi: con la legge 12 agosto 1977 n. 675 dispose che, in ciascun settore industriale dichiarato «in crisi» mediante il decreto di un «Comitato interministeriale per la politica industriale» (Cipi), tutti i posti di lavoro disponibili fossero prioritariamente riservati ai lavoratori eccedenti provenienti da aziende dello stesso settore, i cui rapporti di lavoro venivano fittiziamente sospesi con intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni (§ 372); e che per la durata semestrale del decreto questi ultimi venissero avviati ai nuovi posti di lavoro, sia nelle aziende del settore dichiarato in crisi, sia in ogni altra azienda a partecipazione statale o che comunque fruisse in qualche modo di agevolazioni o finanziamenti pubblici, esclusivamente dietro «richiesta numerica» (§ 27) per qualifica e categoria e sulla base di apposite graduatorie dei lavoratori disponibili compilate dagli uffici di collocamento (artt. 24 e 25, ora abrogati dal sedicesimo comma dell'art. 4 della legge n. 223/1991, della quale si dirà tra breve). Chi aveva ideato quel meccanismo (366) pensava che in tal modo le imprese potessero essere costrette ad assumere mediante un passaggio diretto i lavoratori iscritti nelle «liste di mobilità», essendo soppressa ogni possibile alternativa: l'istituto stesso del licenziamento collettivo sarebbe stato così virtualmente eliminato, sostituito dalla «mobilità da posto a posto»; e nelle situazioni di crisi occupazionale il sindacato sarebbe stato liberato dal compito di contrattare caso per caso con le aziende della zona l'«assorbimento» dei lavoratori eccedenti provenienti da aziende in crisi (367). Ma quell'idea non poteva produrre buoni frutti e le cose andarono ben diversamente dalla previsione del legislatore: private della possibilità di scelta e anzi poste di fronte alla necessità di assumere soltanto i lavoratori «scartati» dai concorrenti in crisi, le imprese coinvolte nel blocco delle assunzioni disposto secondo quella disciplina adottarono invariabilmente la prassi di sospendere le assunzioni per l'intera durata del decreto, affrettandosi ad assumere il personale di cui avevano bisogno nei brevi intervalli tra la scadenza del termine semestrale e l'emanazione del nuovo decreto di proroga dello stato di crisi del settore. Il risultato fu — esattamente all'opposto di quanto voluto dal legislatore — quello dell'azzeramento di ogni mobilità interaziendale nei settori in crisi: un caso clamoroso di vendetta

del mercato. Il sindacato dovette nuovamente adoperarsi per strappare alle imprese, mediante la contrattazione, impegni di assunzione di lavoratori dalle liste di mobilità; ma quest'opera era adesso ostacolata dal rigido vincolo legislativo, che non lasciava spazio alcuno al «governo sindacale» dei flussi di manodopera. Fu ben presto il sindacato stesso a chiedere che il legislatore intervenisse per consentirgli di svolgere liberamente quel lavoro dal quale la legge n. 675/1977 aveva preteso di liberarlo (dei diversi aggiustamenti legislativi disposti nel corso della VII legislatura il più rilevante fu il d.l. 13 dicembre 1978 n. 795, convertito nella legge 9 febbraio 1979 n. 36, ora abrogato anch'esso dal sedicesimo comma dell'art. 4 della legge n. 223/1991); ma, nonostante le correzioni, i risultati rimasero disastrosi e le «liste di mobilità» divennero enormi sacche di disoccupazione di lunga durata, non riconosciuta come tale perché i lavoratori coinvolti non erano mai stati formalmente licenziati e figuravano come titolari di un rapporto di lavoro «sospeso»: l'«integrazione salariale» era sostanzialmente un trattamento di disoccupazione, di fatto agevolmente suscettibile di cumularsi con il reddito da lavoro irregolare (368).

Nonostante il bilancio pesantemente negativo dei primi anni di attuazione della legge n. 675/1977, le confederazioni sindacali maggiori continuarono a coltivare l'idea della sostituzione del licenziamento collettivo con la «mobilità da posto a posto» assistita dall'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni, coniugata con un largo ricorso ai prepensionamenti (369); e questa opzione continuò a condizionare in modo determinante il legislatore per tutto il decennio successivo (370). Per tutta l'VIII legislatura e poi nelle tre successive il Parlamento lavorò sul disegno di legge governativo inizialmente indicato con il numero 760/1979, ambiziosamente mirato a una riforma organica globale del mercato del lavoro di stampo marcatamente dirigistico, via via aggiornandolo in relazione allo sviluppo di una negoziazione continua ma inconcludente tra le parti sociali, avvalendosi di volta in volta come «serbatoio» di materiale normativo da utilizzare per interventi ritenuti indilazionabili su singole materie (il caso più rilevante è costituito dalla «miniriforma» del collocamento emanata con la legge 28 febbraio 1987 n. 56: § 27) e giungendo al suo varo definitivo soltanto con la legge 23 luglio 1991 n. 223, di cui si dirà nei paragrafi seguenti. Nel disegno di legge n. 760 approvato dalla Camera in prima lettura il 15 ottobre 1981, che sarebbe stato poi ripresentato dal Governo all'inizio della successiva, compare un Titolo III intitolato alle «procedure per la mobilità dei lavoratori» (artt. 26-37) ancora sostanzialmente impostato secondo il modello fondamentale della «mobilità da posto a posto», con le sue procedure per l'accertamento della situazione di eccedenza di manodopera in sede aziendale, regionale e nazionale, la formazione delle liste aziendali, circoscrizionali e regionali di mobilità e l'attivazione dell'intervento straordinario della Cassa integrazione per gli iscritti a tali liste; la differenza più rilevante rispetto alla legge n. 675/1977 stava soltanto nella previsione che i lavoratori «in mobilità» concorressero con tutti gli altri a tutte le nuove occasioni di lavoro offerte nella zona, con il beneficio di una quota percentuale di assunzioni a loro riservata, determinata dalla Commissione regionale per l'impiego (di questo schema rimarrà poi una vistosa traccia nell'art. 25 della legge n. 223/1991). Ma la norma chiave del disegno di legge, sulla quale le tre confederazioni sindacali maggiori fecero — come suol dirsi — «muro» per tre legislature, era quella che garantiva la titolarità del posto di lavoro in capo al lavoratore durante tutta la procedura di mobilità, con suo conseguente diritto alla ripresa del proprio posto in caso di esito negativo della stessa (371). Invano, ancorché con piena ragione, le associazioni imprenditoriali, con la Confindustria in prima fila, obiettavano che un requisito essenziale per il successo della ricerca di una nuova occupazione per il lavoratore eccedente è costituito dall'impegno personale del lavoratore stesso in tale ricerca; e che l'integrazione salariale assicurata per un lungo periodo, con la garanzia della possibilità di riattivazione del vecchio posto di lavoro al termine dell'intervento della Cassa, costituisce invece un potente disincentivo all'impegno del lavoratore nella ricerca attiva di una nuova occupazione regolare e un potente incentivo, invece, alla ricerca da parte sua di occasioni di lavoro irregolare in attesa del rientro in azienda.

Il disaccordo tra le parti sociali sul modello della «mobilità da posto a posto» e in particolare sulla garanzia della ripresa del lavoro in caso di esito negativo della procedura costituì per l'intero decennio il principale impedimento al varo della legge. Sulla materia dei licenziamenti collettivi perdurava così la lacuna legislativa sancita dall'art. 11, 2° c., della legge n. 604/1966, col risultato che l'Italia fu condannata a due riprese dalla Corte di Giustizia per l'inottemperanza della direttiva del 1975 (372) (va peraltro osservato, a questo proposito, che il varo della legge nel testo che fu in discussione negli anni '80 non avrebbe comunque dato compiuta attuazione alla direttiva, poiché sarebbero rimaste escluse dal suo campo di applicazione le imprese di cui non fosse stato dichiarato dal Comitato interministeriale lo stato di crisi occupazionale) (373).

Nei primi anni '90 la direttiva del 1975 è stata poi integrata e modificata con la precisazione secondo cui, nell'applicazione del criterio quantitativo per l'individuazione del licenziamento collettivo, deve intendersi equiparata al recesso unilaterale del datore di lavoro qualsiasi altra cessazione di rapporto di lavoro dal datore stesso sollecitata o incentivata, anche se attuata in forma di risoluzione consensuale o recesso del lavoratore, ivi compresa la cessazione del rapporto per prepensionamento (direttiva 24 giugno 1992 n. 56). Sei anni dopo la disciplina della materia è stata infine riordinata — senza ulteriori modifiche — nel testo unico emanato con la direttiva 20 luglio 1998 n. 59, che costituisce oggi l'unico riferimento normativo comunitario in tema di licenziamenti collettivi (374).

**536.** *L'attuazione imperfetta della direttiva comunitaria e le anomalie strutturali della legge n. 223/1991.* —

All'adempimento dell'obbligo comunitario l'ordinamento italiano perviene soltanto all'inizio degli anni '90, quando

finalmente le confederazioni sindacali maggiori rinunciano all'utopia del divieto del licenziamento collettivo e della sua sostituzione per legge con la «mobilità da posto a posto»: questa continua a essere considerata come una soluzione auspicabile della crisi occupazionale, ma si accetta che essa non costituisca più la sola possibile e soprattutto si rinuncia all'abuso sistematico dell'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni a cui ci si era ormai abituati da un quindicennio; si riconosce comunque in linea di principio all'impresa, nelle situazioni di eccedenza di manodopera, la facoltà di procedere al licenziamento (375).

Il testo del disegno di legge di cui si discute da più di un decennio (§ 535) viene però conservato inalterato nella sua parte iniziale, in particolare negli artt. 4 e ss., contenenti la disciplina di quella «procedura di mobilità» che era stata originariamente intesa come «mobilità da posto a posto»; la definizione del licenziamento collettivo viene inserita in coda al testo legislativo, con un articolo — quello che è oggi l'art. 24 — contenente il criterio qualitativo e quello quantitativo di individuazione della fattispecie (§ 538), nonché la disposizione per cui il licenziamento deve essere preceduto dalla procedura di cui agli artt. 4 e ss. Si spiega così la stranezza della struttura della legge (23 luglio 1991, n. 223), nella quale la definizione della fattispecie più rilevante (il licenziamento collettivo) compare venti articoli dopo quello in cui la fattispecie stessa è regolata.

Con questa legge, dunque, l'ordinamento italiano si rassegna a rinunciare alla propria anomalia, in materia di licenziamenti collettivi, e ad adeguarsi allo standard comunitario; ma lo fa — come vedremo meglio nei paragrafi che seguono — introducendo nella propria nuova normativa interna alcuni elementi peculiari che ne incrementano la portata e ne accentuano il carattere restrittivo rispetto a quello standard: in particolare, i limiti dimensionali minimi delle aziende alle quali la disciplina si applica e i limiti quantitativi perché si configuri il licenziamento collettivo sono assai più bassi (376), la procedura di esame congiunto in sede sindacale e amministrativa ha durata più lunga, le sanzioni per il licenziamento illegittimo sono più pesanti e l'alea del giudizio in proposito è aumentata dall'indeterminatezza dei criteri vincolanti di scelta dei lavoratori da licenziare, dei quali la direttiva non parla (377). Sotto un altro punto di vista, invece, la disciplina italiana della materia sembra peccare per difetto rispetto allo standard comunitario: essa infatti si applica soltanto al datore di lavoro imprenditore, mentre la direttiva in proposito non pone — e dunque sembrerebbe non ammettere — distinzioni di sorta (378).

Vero è, peraltro, che alla maggiore estensione della fattispecie del licenziamento collettivo nel nostro ordinamento, rispetto a quanto previsto nella direttiva comunitaria, non corrisponde necessariamente un aumento del contenuto protettivo della disciplina applicabile: la fattispecie del licenziamento collettivo è infatti, nel nostro ordinamento, come vedremo più precisamente tra breve (§ 538), perfettamente complementare a quella del licenziamento individuale, onde l'applicazione della disciplina propria della prima esclude l'applicazione della disciplina propria della seconda; e, come pure vedremo più precisamente a suo luogo (§ 543), non può affermarsi che le limitazioni della facoltà di recesso collettivo siano più stringenti delle limitazioni della facoltà di recesso individuale: esse rispondono soltanto a una diversa concezione della limitazione e a una diversa tecnica normativa, le quali peraltro producono un grado complessivo di rigidità non dissimile (379). Questo spiega perché — rispetto a quanto accadeva prima dell'entrata in vigore della legge n. 223/1991, quando i giuristi più vicini al movimento sindacale tendevano a dare un'interpretazione decisamente restrittiva della nozione di licenziamento collettivo, per ridurre l'area in cui il datore di lavoro era esente dall'unica disciplina limitativa del licenziamento allora esistente, mentre i giuristi più sensibili agli interessi imprenditoriali manifestavano una tendenza esattamente opposta — nell'ultimo decennio la tensione tra i due orientamenti di politica del diritto, su questo terreno, si è attenuata fino quasi a sparire. E in campo giudiziale oggi si assiste sovente all'inversione delle posizioni, tra i legali delle due parti, sulle varie questioni interpretative circa l'area di applicazione dell'una e dell'altra disciplina: perché, nei casi dubbi, ai lavoratori interessa sostenere che si applica la disciplina del licenziamento collettivo quando sia stata omessa la procedura preventiva; sostenere invece che si applica la disciplina del licenziamento individuale quando la procedura sia stata correttamente applicata (380).

**537.** *La stessa procedura per due fattispecie diverse: il licenziamento collettivo e il licenziamento di lavoratori precedentemente collocati in Cassa integrazione straordinaria.* — L'anomalia strutturale della legge, di cui si è detto nel paragrafo precedente, dà luogo a una curiosa particolarità della nuova disciplina. Nell'inserire l'art. 24, con la definizione del licenziamento collettivo assoggettato alla «procedura di mobilità» disciplinata dall'art. 4, il legislatore non ha soppresso il primo comma di quest'ultimo articolo (ereditato dalle infinite stesure del testo legislativo susseguites nel decennio della travagliata gestazione), che prevede l'applicazione della stessa procedura per *qualsiasi* licenziamento di lavoratori che siano stati sospesi dal lavoro con intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria (§ 372), indipendentemente dal loro numero.

Dalla lettura del testo legislativo pare dunque doversi trarre che la «procedura di mobilità» di cui all'art. 4 debba applicarsi in due casi:

— quello del licenziamento, motivato da esigenze di riduzione del personale, di lavoratori precedentemente collocati in C.i.g.s., quale che ne sia il numero;

— quello del licenziamento collettivo (definito dai requisiti quantitativi fissati dall'art. 24), anche se non c'è stato precedente intervento della C.i.g.s., vuoi perché l'impresa non rientra nel campo in cui la C.i.g.s. può intervenire, vuoi

perché l'impresa, pur rientrando in quel campo, ha ritenuto di non doversene avvalere e di dover invece procedere direttamente alla riduzione del personale (381).

**538. Rilievo limitato dell'«intendimento» dell'imprenditore di licenziare più di quattro lavoratori, cui si riferisce il primo comma dell'art. 24.** — A norma del primo comma dell'art. 24 della legge n. 223/1991, gli imprenditori che occupino complessivamente più di quindici dipendenti e che, «in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, ... nell'ambito di una stessa provincia» sono tenuti a seguire la procedura di informazione preventiva ed esame congiunto in sede sindacale e in sede amministrativa, definita negli articoli 4 e 5 della stessa legge. La formulazione della norma, che fa riferimento all'«intenzione» dell'imprenditore, sta a dire che la procedura suddetta deve essere esperita in tutti i casi in cui l'imprenditore stesso si proponga il licenziamento di cinque o più lavoratori nell'arco di quattro mesi, anche se non può escludersi che poi, nel corso della procedura obbligatoria, egli addivenga a una riduzione del numero dei licenziamenti sotto quella soglia. Ma nulla vieta che l'imprenditore avvii una riduzione del personale, anche di entità superiore alle cinque unità, per mezzo di misure diverse dal licenziamento (ad esempio: incentivazione dei lavoratori alle dimissioni o alla risoluzione consensuale) senza attivare la specifica procedura di esame congiunto di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991: se nell'arco dei centoventi giorni i licenziamenti per riduzione del personale non raggiungono il numero di cinque essi devono essere qualificati senz'altro come licenziamenti individuali, non soggetti a questa legge ma alla legge n. 604/1966, indipendentemente dal numero delle dimissioni incentivate o risoluzioni consensuali che nello stesso periodo si siano verificate nella stessa azienda.

Non osta a questa affermazione la direttiva comunitaria (§ 535), la quale ha bensì previsto che ai fini dell'obbligo della procedura preventiva le risoluzioni consensuali o dimissioni incentivate dall'imprenditore siano assimilate ai licenziamenti, ma ha anche precisato che gli Stati membri non sono tenuti a imporre la procedura preventiva in nessun caso in cui i licenziamenti (intesi in senso proprio) siano complessivamente in numero inferiore a cinque (dir. n. 59/1998, art. 1, c. 2°) (382).

Per altro verso, deve riconoscersi che quando l'imprenditore avvia un'operazione di riduzione degli organici mediante incentivazione dell'esodo dei dipendenti egli ben può non aver ancora deciso di attuare alcun licenziamento: l'«intendimento» vero e proprio di licenziare più di quattro dipendenti — cui la legge ricollega il dovere di attivare la procedura preventiva — ben può intervenire soltanto in un secondo tempo, quando il programma di incentivazione all'esodo abbia dato esito insoddisfacente. Il riferimento all'«intendimento» dell'imprenditore contenuto nel primo comma dell'art. 24 sta a significare soltanto che, quando egli si proponga di attuare la riduzione del personale *anche eventualmente* mediante licenziamenti in numero superiore a quattro, egli ha l'onere di avviare la procedura, la quale peraltro non gli impedirà di ridurre o azzerare il numero dei licenziamenti, bensì gli permetterà di effettuarli anche in numero superiore a quattro — se questa sarà la scelta finale — senza dilazione ulteriore.

La dottrina prevalente ha affermato che anche un solo licenziamento per motivi oggettivi dovrebbe qualificarsi come licenziamento collettivo, qualora il datore di lavoro abbia avviato la procedura manifestando l'«intendimento» di ottenere la cessazione di almeno cinque rapporti con altrettanti propri dipendenti (383), o comunque abbia ottenuto la cessazione di altrettanti rapporti (384). Ma questo orientamento interpretativo porta a una conseguenza che non sembra conforme all'intendimento del legislatore: ne deriva infatti che all'imprenditore basterebbe avviare la procedura per la riduzione del personale, dichiarando l'intenzione di licenziare più di quattro lavoratori, limitandosi poi a licenziarne soltanto uno o due, per sottrarre questi licenziamenti all'applicazione della legge n. 604/1966. In proposito è sicuro — anche per il chiarimento opportunamente fornito in proposito dal legislatore nel quinto comma dell'art. 24 — che la disciplina dettata per i licenziamenti individuali non si cumula con quella dettata dalla legge n. 223/1991 per i licenziamenti collettivi, essendo i rispettivi campi di applicazione perfettamente complementari: se si applica la prima non si applica la seconda; e viceversa.

A me sembra dunque preferibile la tesi secondo cui, quando i licenziamenti determinati da motivi non inerenti alla persona del lavoratore non superino il numero di quattro, essi sono soggetti alla regola del giustificato motivo e al conseguente sindacato giudiziale di merito (385). L'imprenditore prudente, però, non farà affidamento su questa opinione, pur largamente condivisa: non potendosi escludere che anche un solo giudice, investito della questione in uno dei molti gradi del possibile giudizio, sia di diverso avviso, egli curerà di evitare che nell'arco di centoventi giorni i licenziamenti per motivo oggettivo e le risoluzioni consensuali o dimissioni incentivate superino il numero di quattro, senza che la procedura preventiva sia stata esperita e senza adempiere ogni altro onere previsto da ciascuna delle due normative.

In puntuale ottemperanza alla direttiva comunitaria, il comma 15-bis aggiunto all'art. 4 dal terzo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 151/1997 stabilisce che «gli obblighi di informazione, consultazione e comunicazione devono essere adempiuti indipendentemente dal fatto che le decisioni relative all'apertura delle procedure ... siano assunte dal datore di lavoro o da un'impresa che lo controlli»; e che «il datore di lavoro che viola tali obblighi non può eccepire a propria difesa la mancata trasmissione, da parte dell'impresa che lo controlla, delle informazioni relative alla decisione che ha determinato l'apertura delle predette procedure». Disposizione, questa, che tuttavia, pur riducendo il rilievo della

distinzione societaria tra le imprese, non consente di considerare il gruppo societario come soggetto giuridico a se' stante, ne' ai fini dell'imputazione degli obblighi e oneri relativi al licenziamento collettivo, ne' ai fini del requisito dimensionale per l'applicazione della disciplina speciale.

**539.** *La nozione di licenziamento collettivo soggetto alla disciplina speciale.* — Se quanto esposto nel paragrafo precedente e' vero, se ne puo' concludere che, ai fini della legge n. 223/1991, per licenziamento collettivo deve intendersi quello intimato da un'impresa che occupi complessivamente piu' di quindici lavoratori, per ragioni di ristrutturazione aziendale o di riduzione del personale, ad almeno cinque di essi (esclusi i dirigenti) (386), nell'arco di centoventi giorni, nell'ambito di uno stesso territorio provinciale (387).

Si e' discusso e tuttora si discute se per il computo dei quindici dipendenti, ai fini dell'art. 24, si debbano applicare le stesse regole che altre leggi hanno posto espressamente per la determinazione del regime applicabile ai licenziamenti individuali, oppure — secondo l'orientamento che prevale in dottrina (388) e in giurisprudenza (389) — la regola posta dall'art. 1, 1° c., della legge n. 223/1991 per l'ammissione dell'impresa al trattamento di integrazione salariale straordinaria (§ 372).

Il fatto che i cinque licenziamenti necessari per far scattare l'applicazione della disciplina speciale possano distribuirsi in un cospicuo lasso di tempo fa del licenziamento collettivo una fattispecie a formazione progressiva (390): puo' darsi pertanto il caso che il recesso correttamente intimato a un lavoratore come licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, originariamente produttivo dell'effetto della cessazione del rapporto, diventi nullo in seguito, per il sopravvenire entro i centoventi giorni di altri quattro recessi di analoga natura, senza che sia stata esperita la procedura prescritta (391).

Deve escludersi dal computo qualsiasi licenziamento determinato da motivo inerente alla persona del lavoratore: non soltanto qualsiasi licenziamento disciplinare, ma anche qualsiasi licenziamento per superamento del comportamento di malattia (§ 392), o per impossibilita' personale sopravvenuta della prestazione (§ 516, lett. h). L'espressione con la quale il primo comma dell'art. 24 indica riassuntivamente il motivo non inerente alla persona del lavoratore che caratterizza il licenziamento suscettibile di essere qualificato come collettivo («riduzione o trasformazione di attivita' o di lavoro»), ripresa parola per parola dagli articoli 1 degli accordi interconfederali del 1950 e del 1965 (§ 534), puo' e deve considerarsi perfettamente complementare rispetto all'espressione «motivo inerente alla persona del lavoratore» usata nella direttiva comunitaria per escludere il licenziamento, che da tale motivo sia determinato, dal campo di applicazione della disciplina speciale. Esclusi il licenziamento per superamento del comportamento o per impossibilita' personale sopravvenuta, la distinzione tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo non e' «ontologica», ma puramente quantitativa, essendo il discrimine costituito soltanto dalla soglia dei cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni (392).

Lo stesso art. 24, quarto comma, e il quattordicesimo comma dell'art. 4 precisano — anche qui in accordo con la direttiva — che non si computano, ai fini dell'applicazione della disciplina speciale, i licenziamenti per fine lavori nelle costruzioni edili (393) o nelle attivita' stagionali o saltuarie, nonche' quelli (ma qui non si tratta di «licenziamento» in senso proprio) per scadenza del termine in rapporti di lavoro a tempo determinato (§§ 500-511).

Il secondo comma stabilisce invece che devono computarsi a tutti gli effetti i licenziamenti intimati per cessazione totale dell'attivita', cosi' opportunamente confermando che anche la decisione imprenditoriale di chiudere l'azienda e' soggetta a limitazioni procedurali e sostanziali (v. § 516, lett. l). La stessa regola sembrerebbe operare anche nel caso di licenziamento dei dipendenti dell'impresa la cui attivita' cessi totalmente in seguito a dichiarazione di fallimento, poiche' l'applicazione degli artt. 4 e 24 anche in costanza delle procedure concorsuali, sia pure con una riduzione di durata complessiva della procedura, e' espressamente prevista dall'art. 3; senonche' la Cassazione ha discutibilmente ritenuto, a questo proposito, che «occorra distinguere a seconda che il fallimento consenta lo svolgimento, sia pure parziale o provvisorio, di alcune attivita', con la conseguente possibilita' di conservare alcuni rapporti di lavoro, oppure comporti la cessazione dell'attivita' dell'impresa, con la conseguente impossibilita' di prosecuzione di tutti i rapporti di lavoro»; e che nella seconda ipotesi l'«impossibilita' di prosecuzione del rapporto» escluda l'applicabilita' della norma di cui al secondo comma dell'art. 24, «che ... presuppone una possibilita' di scelta dell'imprenditore» (394).

Come si e' gia' detto (§ 536), perche' la disciplina speciale si applichi e' indispensabile — data la formulazione inequivocabile del primo comma dell'art. 24 — che il datore di lavoro sia imprenditore (395), per questo aspetto discostandosi nettamente, quanto indebitamente, la nostra norma interna dalla norma comunitaria. Non mi e' dato, del resto, comprendere il motivo razionale per cui la disciplina speciale non debba applicarsi anche al non imprenditore. Come pure si e' gia' detto (§ 538), il campo di applicazione della disciplina speciale del licenziamento collettivo e' perfettamente complementare a quello della disciplina del licenziamento individuale: dove si applica l'una non si applica l'altra, e viceversa, senza residui.



**540. La procedura.** — L'impresa che intenda procedere al licenziamento per ristrutturazione o riduzione del personale di un numero di lavoratori superiore a quattro nell'arco di centoventi giorni deve «darne comunicazione preventiva per iscritto alle rappresentanze sindacali aziendali costituite a norma dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza delle predette rappresentanze, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale (396). La comunicazione alle associazioni di categoria può essere effettuata per il tramite dell'associazione dei datori di lavoro alla quale l'impresa aderisce o conferisce mandato» (art. 4, secondo comma). La norma non dice che la comunicazione debba essere effettuata mediante lettera raccomandata; ma l'imprenditore interessato farà bene a precostituirsi con cura la prova della sua ricezione da parte di ciascuna delle destinatarie, poiché il difetto anche di una sola delle comunicazioni è considerato — secondo il severissimo orientamento giurisprudenziale oggi prevalente (397) — come vizio sufficiente a invalidare l'intera procedura e tutti i licenziamenti che ne conseguono.

La comunicazione deve, anche qui a pena di invalidità dell'intera procedura, contenere l'indicazione: «dei motivi che determinano la situazione di eccedenza; dei motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità»; del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente; dei tempi di attuazione del programma di mobilità; delle eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale della attuazione del programma medesimo» (art. 4, terzo comma) (398).

A norma del quinto comma, «entro sette giorni dalla data del ricevimento della comunicazione ..., a richiesta delle rappresentanze sindacali aziendali e delle rispettive associazioni si procede a un esame congiunto tra le parti, allo scopo di esaminare le cause che hanno contribuito a determinare l'eccedenza del personale e le possibilità di utilizzazione diversa di tale personale, o di una sua parte, nell'ambito della stessa impresa, anche mediante contratti di solidarietà [§ 375] e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro». Il rifiuto di esaminare preventivamente anche soltanto singoli aspetti della situazione e della progettata operazione di riduzione del personale, oltre a costituire possibile elemento di irregolarità della procedura, con conseguente invalidità dei licenziamenti con cui essa si concluda, può costituire anche comportamento antisindacale (399). L'art. 1, c. 2°, del d.lgs. 26 maggio 1997 n. 151 ha aggiunto a questo quinto comma la precisazione secondo cui «Qualora non sia possibile evitare la riduzione di personale, è esaminata la possibilità di ricorrere a misure sociali di accompagnamento intese, in particolare, a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati. I rappresentanti sindacali dei lavoratori possono farsi assistere, ove lo ritengano opportuno, da esperti».

La prima parte della procedura «deve essere esaurita entro quarantacinque giorni dalla data del ricevimento della comunicazione dell'impresa»: decorso tale termine senza che sia stato raggiunto un accordo tra le parti, il datore di lavoro può attivare la seconda fase, dando comunicazione scritta alla Direzione provinciale del lavoro (alla Direzione regionale, o al Ministro del lavoro, se il licenziamento previsto riguarda unità produttive dislocate in province diverse, situate o no nella stessa regione: quindicesimo comma) (400) e alle associazioni sindacali dei lavoratori «sul risultato della consultazione e sui motivi del suo ... esito negativo» (sesto comma). Si apre così la fase dell'esame congiunto in sede amministrativa, che «deve comunque esaurirsi entro trenta giorni» dalla comunicazione che vi dà inizio (settimo comma): disposizione, questa, che non vieta il protrarsi ulteriore della trattativa tra le parti, ma consente al datore di lavoro, scaduto il termine indicato senza che un accordo sia stato raggiunto, di procedere senz'altro all'attuazione dei licenziamenti.

Se il numero dei lavoratori interessati è inferiore a dieci, i termini di durata delle due fasi della procedura sono dimezzati (ottavo comma).

Scaduto il termine o raggiunto l'accordo sindacale, se nel corso della procedura l'imprenditore non ha assunto obblighi in senso contrario (401), la «collocazione in mobilità» dei lavoratori — ovvero il licenziamento collettivo — avviene mediante la comunicazione scritta del preavviso di recesso da parte dell'imprenditore ai singoli interessati e la contestuale comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro, alla Commissione regionale per l'impiego e alle associazioni sindacali dell'«elenco dei lavoratori collocati in mobilità, con l'indicazione per ciascun soggetto del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell'età, del carico di famiglia, nonché con puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta di cui all'art. 5» (commi nono e dodicesimo dell'art. 4). Questa ulteriore comunicazione contestuale alle autorità amministrative e alle associazioni sindacali è molto severamente considerata da dottrina e giurisprudenza assolutamente prevalenti come requisito di validità di ciascun singolo licenziamento (402).

La legge non dice che la comunicazione del recesso ai singoli lavoratori debba contenere l'indicazione dei motivi dell'operazione, già comunicati alle organizzazioni sindacali e alle loro rappresentanze aziendali all'inizio della procedura (terzo comma); e la giurisprudenza, dopo qualche incertezza, sembra oggi orientata in senso contrario (403). L'imprenditore prudente, però, ripete nelle lettere di licenziamento l'enunciazione di quei motivi, o fa almeno espresso rinvio al contenuto del documento iniziale di apertura della procedura; e ancor più lo fa nel caso in cui il lavoratore ne faccia espressa richiesta entro quindici giorni dal ricevimento della lettera di licenziamento, in considerazione della possibilità che il giudice ritenga applicabile in via analogica quanto disposto dall'art. 2 della legge n. 604/1966 (§ 519). Altrettanto deve dirsi, a mio avviso, per quel che riguarda la comunicazione ai singoli interessati dei criteri applicati dal datore di lavoro per la scelta dei lavoratori da licenziare, oggetto del paragrafo che segue.

La legge 19 luglio 1993 n. 236 è poi intervenuta a colmare una lacuna della legge del 1991 precisando, in via di interpretazione autentica dell'art. 24, 1° c., che «la facoltà di collocare in mobilità», ovvero procedere a licenziare, i

lavoratori che al termine della procedura sono considerati ancora eccedenti, deve essere esercitata per tutti i lavoratori stessi «entro centoventi giorni dalla conclusione della procedura medesima» salvo diverso accordo sindacale. Una sorta di regola di « immediatezza » del licenziamento collettivo: se esso non si compie entro quel termine, la procedura deve essere esperita per intero daccapo.

**541. I criteri di scelta dei lavoratori, tra disciplina legislativa e autonomia collettiva.** — Si è visto (§ 534) come l'unica norma legislativa — oltre a quella relativa al diritto di precedenza nella riassunzione presso la stessa impresa entro l'anno — vigente in materia di licenziamenti collettivi prima della legge n. 223/1991 fosse quella del decreto delegato n. 1019/1960 che recepiva la disposizione contenuta nell'accordo interconfederale del 1950, concernente i criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti per riduzione del personale. Ora sui criteri di scelta dispone l'art. 5 della legge n. 223/1991, stabilendo che «l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire, in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'art. 4, comma 2, ovvero, in mancanza di questi contratti, nel rispetto dei seguenti criteri, in concorso tra loro:

a) carichi di famiglia;

b) anzianità;

c) esigenze tecnico-produttive ed organizzative» (404).

Il secondo comma dell'art. 5 impone che la scelta dei lavoratori sia operata secondo criteri che non portino al licenziamento di una percentuale di lavoratori invalidi assunti in regime di collocamento obbligatorio superiore alla percentuale ad essi riservata per legge (§§ 37-47) (405), né di una percentuale di lavoratrici superiore a quella della manodopera femminile precedentemente occupata nell'area professionale interessata dalla riduzione del personale. A differenza dei criteri indicati nel primo comma, questa regola non è derogabile in sede di contrattazione collettiva. L'imposizione dei criteri di cui al primo comma — e in particolare la regola dell'anzianità di servizio o *seniority* — costituisce senza dubbio la fonte di limitazione sostanziale più rilevante della facoltà di licenziamento collettivo, impedendo al datore di lavoro di liberarsi in questa forma dei lavoratori meno produttivi nell'ambito della rispettiva categoria professionale, dei più cagionevoli di salute, dei più anziani e quindi più difficilmente riconvertibili in relazione alle nuove esigenze produttive, ma anche dei lavoratori sgraditi per ragioni sindacali o personali; e, per converso, imponendogli di licenziare per primi i più giovani, quelli dotati di maggiore mobilità, quelli che meno soffrono dell'«effetto *lock-in*» proprio dell'«investimento idiosincratico» caratteristico di un lungo periodo di lavoro per un unico committente (§ 4), dunque quelli che hanno maggiori *chances* nel mercato del lavoro (406). Nella maggior parte dei casi il lavoratore assunto più di recente è proprio quello che meglio corrisponde alle esigenze aziendali: la regola del *last in first out*, costringendo l'imprenditore a licenziare proprio quest'ultimo prima di qualsiasi altro appartenente allo stesso gruppo professionale omogeneo, priva il licenziamento collettivo di un'utilità che l'imprenditore stesso intende sempre trarne, in qualche misura, quando non si tratti di licenziamento per chiusura di un'intera unità produttiva o reparto di essa: la possibilità, cioè, di operare una selezione tra i dipendenti secondo la produttività di ciascuno (407).

Ma la regola dei criteri di scelta produce indirettamente (anzi, per così dire, surrettiziamente), anche un effetto ulteriore di limitazione della facoltà di licenziamento collettivo, non individuato nelle trattazioni teoriche e per lo più percepito soltanto dagli operatori pratici: l'indeterminatezza della nozione di «esigenza tecnico-produttiva e organizzativa», nonché del modo in cui tale esigenza deve concorrere con gli altri due criteri indicati dalla legge, fa sì che l'imprenditore sia esposto a una ineliminabile alea giudiziale in proposito in tutti i casi in cui il licenziamento non sia motivato dalla chiusura dell'azienda o di un intero suo ramo, ma soltanto da una riduzione dell'organico. I numerosi giudici che, nei vari gradi e fasi del giudizio sull'impugnazione del licenziamento, saranno investiti della questione dell'applicazione dei criteri di scelta potranno andare di diverso avviso, innanzitutto, sul punto se — secondo l'orientamento largamente prevalente e senz'altro condivisibile — il criterio delle esigenze tecnico-produttive abbia carattere prioritario rispetto agli altri due, presiedendo esso all'individuazione del gruppo professionale omogeneo nell'ambito del quale i lavoratori da licenziare devono essere scelti (408), oppure no (409); inoltre sul modo in cui i criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia debbano essere coniugati tra loro (410); sulla questione se i suddetti criteri vadano applicati in riferimento all'intera organizzazione aziendale (411), come il testo della norma legislativa lascerebbe intendere, oppure in riferimento alla singola sede o unità produttiva (412), oppure ancora — soluzione che appare più condivisibile — in riferimento all'ambito ragionevolmente confacente alle esigenze aziendali, dovendo l'imprenditore motivare adeguatamente la restrizione (413); infine sull'estensione della nozione di fungibilità professionale tra i lavoratori interessati, essenziale per la delimitazione del novero di quelli fra i quali la scelta deve essere operata (414). Dall'opzione interpretativa su ciascuna delle questioni menzionate dipende se a essere licenziato deve essere Tizio o Caio; ma poiché al momento del compimento della scelta l'imprenditore per lo più non conosce, o conosce in modo molto imperfetto, l'orientamento in proposito dei singoli giudici che potranno essere investiti dell'impugnazione del licenziamento, quest'incertezza (e ancor più la possibilità che nei diversi gradi del giudizio la stessa questione venga risolta in modo differente) costituisce sovente un deterrente formidabile contro il licenziamento collettivo.

Valgono anche qui le considerazioni svolte a proposito del problema dei criteri di scelta del lavoratore nel licenziamento individuale per motivi obiettivi (§ 516, particolarmente *sub g*). Le quali mi portano a concludere che anche in materia di licenziamento collettivo la soluzione più razionale del problema, sul piano dello *ius condendum*, sarebbe costituita dalla predeterminazione legislativa di un indennizzo opportunamente e congruamente differenziato in relazione all'anzianità di servizio e ai carichi di famiglia dei singoli lavoratori, che funga da filtro automatico dei motivi obiettivi di preferenza del datore per il licenziamento dell'uno o dell'altro, restando affidato al giudice di accertare i motivi illeciti eventualmente denunciati dal lavoratore. Sul piano dello *ius conditum*, un meccanismo di questo genere ben potrebbe, a mio avviso, essere istituito in sede di negoziazione collettiva dei criteri di scelta (puoi licenziare il lavoratore anziano, o quello con coniuge e figli a carico, se sei disposto a pagargli tanto di più rispetto all'indennizzo che dovresti pagare per licenziare il lavoratore assunto l'anno scorso, oppure quello senza carichi di famiglia, poiché la disponibilità a pagare la differenza dimostra che sussiste un congruo motivo economico). Ma non mi risulta che a questo si sia mai arrivati (415).

Per l'imprenditore che debba procedere alla scelta dei lavoratori da licenziare in assenza di una disciplina collettiva della materia, nel quadro normativo e giurisprudenziale attuale, il modo di procedere più sicuro mi sembra quello di compilare una graduatoria dei lavoratori appartenenti a un gruppo professionalmente omogeneo (intendendosi per tale quello nel quale i lavoratori sono agevolmente intercambiabili tra loro senza perdite rilevanti di produttività e senza costi rilevanti di riqualificazione) (416), attribuendo a ciascun lavoratore un punteggio crescente in relazione all'anzianità di servizio e in relazione ai carichi di famiglia, affiggere o distribuire la graduatoria a tutti gli interessati, esplicitandone i criteri nonché invitando i lavoratori stessi e i sindacati a controllarne l'esattezza già nel corso della procedura preventiva di esame congiunto, e infine indicare graduatoria e criteri nelle comunicazioni finali di cui al nono comma dell'art. 4 (§ 540).

L'onere della prova circa la corretta applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento collettivo — secondo l'opinione nettamente prevalente e, dal punto di vista sistematico, condivisibile — grava sul datore di lavoro, anche se la legge non lo dice esplicitamente (417); mentre sul lavoratore grava l'onere della dimostrazione della violazione — che egli eccedisca — della regola di cui al secondo comma dell'art. 5, posta a tutela degli invalidi assunti in regime di collocamento obbligatorio e delle lavoratrici (418).

Una volta dimostrata la corretta applicazione dei criteri di scelta, l'imprenditore non ha, ovviamente, l'onere di dimostrare anche l'impossibilità di utile ricollocazione del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale (419). Il primo comma dell'art. 5, come si è visto, prevede che i tre criteri di scelta dei lavoratori da licenziare ivi indicati si applichino — come oggi si usa dire — per *default*, cioè soltanto là dove le parti sociali non abbiano validamente negoziato criteri diversi.

**542. L'accordo sindacale.** — Il regime dettato dall'art. 5 in materia di criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, dunque, è di piena disponibilità in sede collettiva. La Consulta, investita della questione di costituzionalità in proposito, la ha respinta, affermando tuttavia la necessità di un controllo giudiziale circa la ragionevolezza dei criteri negoziati (420).

Dottrina e giurisprudenza si sono lungamente affaticate sui termini e limiti della disponibilità della disciplina dei criteri di scelta (421), registrandosi anche prese di posizione fortemente riduttive in proposito (422). Si è discusso innanzitutto sui soggetti abilitati a negoziare efficacemente su questa materia, prevalendo in proposito l'orientamento favorevole alla validità ed efficacia sia del contratto stipulato dalle rappresentanze aziendali, sia di quello stipulato dalle organizzazioni sindacali territoriali (423). Quanto all'efficacia soggettiva dell'accordo sui criteri, a me sembra preferibile la tesi della sua estensione a tutti i dipendenti dell'impresa anche quando l'accordo sia stipulato da una parte soltanto delle organizzazioni sindacali presenti in azienda (424), trattandosi di «contratto di gestione» (§ 70) (425) ed essendone oltretutto l'oggetto per sua natura indivisibile, purché naturalmente i criteri scelti siano in sé legittimi, cioè non travalichino i limiti della ragionevolezza e correttezza; ma anche su questo punto si sono registrati qualche decisione in senso contrario e qualche dubbio di costituzionalità (426).

Dissensi si sono registrati altresì sulla questione se i criteri di scelta possano essere soltanto predeterminati in astratto da un contratto collettivo applicabile a una serie indeterminata di casi futuri (427), oppure — secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, che mi sembra senz'altro preferibile — possano essere anche negoziati in sede collettiva caso per caso (428), potendo addirittura (ma questo mi pare eccessivo, salvi casi particolari) spingersi fino all'individuazione nominativa dei lavoratori da licenziare (429). Si è poi discusso della validità di un accordo che preveda l'applicazione esclusiva o privilegiata di uno solo dei tre criteri indicati nell'art. 5, prevalendo la tesi favorevole (430); e dell'ammissibilità di alcuni criteri sovente ricorrenti nella contrattazione aziendale, quali quello della prossimità del lavoratore al pensionamento (431), quello della precedente collocazione in Cassa integrazione (432), o quello del tasso di assenteismo (433).

Quella dei criteri di scelta non è la sola materia sulla quale la legge sui licenziamenti per riduzione del personale attribuisce esplicitamente un ruolo rilevante all'autonomia collettiva: l'accordo può infatti produrre l'effetto di ridurre e persino azzerare la durata della procedura, così incidendo sul tempo del licenziamento collettivo (art. 4, sesto comma); abbiamo visto a suo luogo (§ 289) come l'art. 4, 11° c. ammetta la possibilità della pattuizione collettiva del

reimpiego di lavoratori eccedenti in mansioni di contenuto professionale inferiore rispetto a quelle precedentemente svolte e come in tal caso possa essere corrispondentemente ridotta la retribuzione (§ 238); l'accordo può infine disporre il distacco temporaneo di uno o più lavoratori eccedenti presso altra impresa (l. n. 236/1993, art. 8).

Logica vuole che l'accordo sindacale sul licenziamento sia considerato idoneo anche a sanare l'eventuale difetto o irregolarità della procedura seguita (434).

La legge inoltre incentiva l'accordo tra le parti condizionando alla sua stipulazione una drastica riduzione del contributo posto a carico dell'impresa per il finanziamento del trattamento di mobilità dei lavoratori licenziati (art. 5, 4<sup>o</sup> c., come modificato dalla legge n. 236/1993).

**543.** *La questione del controllo giudiziale dei motivi del licenziamento collettivo.* — Abbiamo visto (§ 516, lett. i) come dottrina e giurisprudenza prevalenti sostengano, in linea di principio, l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali sottostanti alla decisione di procedere a un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo; ma abbiamo pure visto che, se davvero quelle scelte imprenditoriali fossero insindacabili, la nozione di giustificato motivo oggettivo come limite alla facoltà di recesso del datore si svuoterebbe di qualsiasi contenuto. Mi sono proposto di mostrare, in particolare, come non regga all'analisi critica la tesi secondo cui il giudice può e deve controllare soltanto l'effettività della scelta compiuta dal datore di lavoro di sopprimere un determinato posto di lavoro, senza entrare nel merito dei suoi motivi e del suo contenuto, perché non è possibile distinguere ontologicamente in modo netto «soppressione di un posto» e «sostituzione di un lavoratore»: se un imprenditore licenzia un dipendente, e non lo fa per motivi illeciti, lo fa sempre per eliminare una perdita che egli si attende dalla prosecuzione del rapporto di lavoro, o in termini di costo contabile (quando l'utilizzazione di un fattore produttivo diverso è per lui più vantaggiosa), o in termini di costo-opportunità; e in questo secondo caso l'operazione che il giudice compie, è in sostanza, una valutazione dell'entità del costo-opportunità risparmiato: se il risparmio supera una certa soglia il giudice qualifica la fattispecie come soppressione del posto, in caso contrario la qualifica come sostituzione del lavoratore (§ 516, lett. c, d ed e). In realtà, non qualsiasi scelta imprenditoriale può giustificare il licenziamento, ma soltanto quella volta a evitare una perdita attesa che superi una certa soglia: il giustificato motivo oggettivo consiste essenzialmente nell'esigenza di evitare quella perdita attesa, considerata eccessiva. E il sindacato giudiziale sul motivo oggettivo consiste essenzialmente nel controllo che la perdita attesa non sia inferiore a quella che il giudice ritiene necessaria per la legittimità del licenziamento. In riferimento al licenziamento collettivo si pone un problema del tutto analogo, anche se il riferimento normativo è diverso.

Alcuni Autori adducono a sostegno della sindacabilità delle scelte dell'imprenditore, ovvero dei motivi che lo inducono a licenziare, un argomento di carattere logico sistematico: che senso avrebbe ammettere una libertà totale di licenziare cinque lavoratori in una volta sola, a fronte dei limiti rigorosi alla facoltà di licenziamento di un lavoratore per volta (435)? Altri Autori traggono argomento a sostegno della stessa tesi dalla disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 4, che impone all'imprenditore di comunicare a rappresentanze e organizzazioni sindacali i «motivi che determinano la situazione di eccedenza», nonché i «motivi tecnici, organizzativi o produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità» (§ 540) (436): che senso avrebbe imporre tale comunicazione dei motivi se la loro fondatezza ed effettività non fosse suscettibile di un controllo in sede giudiziale?

A quest'ultima domanda i sostenitori dell'insindacabilità delle scelte sottostanti al licenziamento collettivo rispondono che la comunicazione dei motivi alle organizzazioni sindacali costituisce un passaggio essenziale per garantire l'effettività e incisività del confronto tra le parti sociali su quelle scelte, nonché poi il confronto sulla stessa materia in sede amministrativa; ma la legge questo soltanto garantirebbe, affidando esclusivamente a questo confronto la funzione di filtro delle scelte imprenditoriali (437). Al giudice — in questo ordine di idee, in cui sembra collocarsi la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza (438) — è precluso ogni sindacato di merito su quelle scelte, dovendo egli limitarsi a controllare che la soppressione dei posti di lavoro sia effettiva e non fittizia (439), che è quanto dire «definitiva» e non temporanea (440), e che i criteri di scelta dei lavoratori siano stati rispettati (441).

Senonché il controllo sul fatto che la soppressione dei posti sia «definitiva» e non temporanea comporta la determinazione di un lasso di tempo (sei mesi? dodici? ventiquattro?) entro il quale l'imprenditore non può procedere a nuove assunzioni di lavoratori con caratteristiche simili a quelle dei licenziati poiché ciò manifesterebbe l'illegittimità del licenziamento collettivo operato: non è certo pensabile, infatti, che il licenziamento collettivo attuato oggi sia legittimo soltanto in quanto l'imprenditore non assuma *mai più* un solo lavoratore fungibile con uno dei licenziati (la legge stessa, del resto, prevede espressamente — v. § 534 — la possibilità che i lavoratori licenziati abbiano un diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni entro un anno, con ciò ammettendo che tali assunzioni possano legittimamente avvenire prima di quel termine, pur dopo un legittimo licenziamento). Ma determinare quel lasso di tempo equivale sostanzialmente a stabilire in qualche modo una soglia della perdita attesa oltre la quale il licenziamento è giustificato; equivale, cioè, a dire all'imprenditore: puoi licenziare se è prevedibile che, altrimenti, il bilancio del rapporto di lavoro si mantenga in perdita per più di un certo numero di mesi (o anni).

E non è tutto. Il controllo sul fatto che la soppressione dei posti sia effettiva e «definitiva» comporta la determinazione della soglia di fungibilità con i lavoratori licenziati entro la quale il nuovo assunto deve considerarsi come lavoratore

«sostituito» a quello licenziato. Valgono a questo proposito tutte le considerazioni già svolte in tema di licenziamento individuale per giustificato motivo, a proposito della distinzione tra soppressione del posto e sostituzione del lavoratore licenziato con altri (§ 516, *sub d*): qui, come si è visto, il giudice non fa altro che valutare se il costo-opportunità risparmiato con il licenziamento superi o no la soglia oltre la quale la perdita non potrebbe essere ragionevolmente accollata all'impresa; facendo questo egli compie, eccome, una valutazione di merito dei motivi del licenziamento. Per comprendere meglio la questione, ipotizziamo che i due casi pratici di cui abbiamo discusso trattando del licenziamento individuale (ancora § 516, *sub d*) riguardino non uno solo ma dieci lavoratori, di uguale qualifica (dieci vecchi dattilografi sostituiti con dieci giovani esperti in videoscrittura; oppure dieci fattorini privi di patente di guida sostituiti con dieci autisti patentati): la questione affrontata in riferimento al licenziamento individuale è, con tutta evidenza, esattamente la stessa che si pone in riferimento al licenziamento collettivo. In riferimento al licenziamento individuale siamo giunti alla conclusione che, in casi come questi, il giudice, anche quando motiva formalmente la sentenza con l'accertamento che si è trattato di soppressione del posto, oppure di sostituzione del lavoratore, in realtà fonda la decisione sull'entità del vantaggio che l'impresa trae dall'operazione: se il vantaggio è ingente, il licenziamento ha buone probabilità di essere convalidato, altrimenti no; e abbiamo osservato che, così facendo, in realtà, il giudice ragiona sull'entità del costo-opportunità risparmiato dall'impresa con il licenziamento, cioè sull'entità di una perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto di lavoro: se quel costo supera una certa soglia ritenuta dal giudice ragionevole il licenziamento è giustificato, altrimenti no. Se questa conclusione è logicamente fondata in riferimento al licenziamento individuale, essa non può non esserlo anche in riferimento al licenziamento collettivo. Di contenuto molto simile rispetto alla valutazione che il giudice compie per distinguere la soppressione del posto dalla sostituzione del lavoratore, poi, è la valutazione che il giudice compie per controllare l'applicazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 (§ 541). Valgono anche a questo proposito le considerazioni già svolte in materia di licenziamento individuale per g.m.o., dove pure si pone la questione del criterio di scelta del lavoratore (§ 516, *sub g*): per decidere se due lavoratori devono considerarsi tra loro fungibili in un determinato ruolo produttivo, con conseguente applicabilità dei criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia per la scelta, il giudice deve essenzialmente valutare l'entità della differenza di produttività fra di essi in un determinato ruolo; ed è evidente come questo comporti una penetrante ingerenza del giudice nel merito delle valutazioni e delle scelte organizzative dell'imprenditore (442). Anche in riferimento al licenziamento collettivo, dunque, la tesi della insindacabilità delle scelte imprenditoriali sottostanti al provvedimento presenta delle gravi crepe logiche: anche qui, in realtà, il giudice esercita sovente un vero e proprio controllo di merito su quelle scelte, poiché il controllo sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e la distinzione tra soppressione del posto e sostituzione del lavoratore comportano sempre una valutazione circa l'entità del costo-opportunità che con il licenziamento l'imprenditore si propone di evitare. Questo non significa che la tesi dominante dell'insindacabilità dei motivi del licenziamento collettivo sia priva di ogni significato e quindi di rilievo logico-giuridico. Si pensi al caso in cui un datore di lavoro motivi un licenziamento con la necessità di ridurre il personale per ridurre o eliminare una perdita di bilancio: se si tratta di licenziamento individuale, prevale l'idea che il giudice possa controllare la sussistenza effettiva e l'entità della perdita denunciata (il licenziamento verrebbe probabilmente annullato se risultasse che la perdita attesa non esiste affatto, e pura invenzione del datore), nonché controllare la congruità della scelta di licenziare rispetto all'obiettivo di ridurre quella perdita (il licenziamento verrebbe probabilmente annullato se risultasse che la causa della perdita non ha niente a che vedere con la prosecuzione del rapporto di lavoro che il datore di lavoro intende far cessare): in questo consiste il controllo giudiziale del motivo oggettivo del recesso. Se invece si tratta di licenziamento collettivo, e si ritiene — in aderenza all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario — che la sua motivazione sia insindacabile (essendo sindacabile soltanto il nesso causale tra la scelta imprenditoriale e il singolo atto di recesso) (443), al giudice quei controlli sono preclusi: egli deve limitarsi a controllare che i posti di lavoro dei lavoratori licenziati siano stati davvero soppressi e che i criteri di scelta siano stati rispettati. La tesi dominante dell'insindacabilità dei motivi del licenziamento collettivo, a differenza di quelli del licenziamento individuale, rende dunque in qualche misura la vita più facile all'imprenditore davanti al giudice. D'altra parte, questa agevolazione sul terreno giudiziale è sempre compensata dai costi della procedura preventiva imposta dalla legge, con tutto il carico di conflittualità sindacale che essa sovente porta con sé e tutte le trappole formali di cui essa è disseminata; e a quei costi si aggiunge, nelle imprese rientranti nel campo di intervento straordinario della C.i.g., il costo del contributo che la legge accolla al datore di lavoro per il finanziamento del trattamento di mobilità dei lavoratori licenziati (§ 544). Ne risulta un costo complessivo dell'operazione per l'imprenditore che, secondo la valutazione corrente, non è mediamente inferiore a quello del licenziamento individuale, per la maggior parte connesso con l'alea giudiziale. E il costo complessivo costituisce — come sappiamo — un «filtro automatico» delle scelte dell'imprenditore, inducendo quest'ultimo a rinunciare al licenziamento, anche a quello collettivo, quando quel costo è superiore alla perdita che dalla prosecuzione del rapporto egli complessivamente si attende. Su questo punto torneremo nel paragrafo che segue per alcune osservazioni ulteriori.

**544.** *Il «trattamento di mobilità» e il corrispondente contributo a carico dell'impresa.* — A norma degli artt. 7 e 16, quando l'impresa rientri nel campo in cui opera l'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni (al quale

appartengono soprattutto le imprese industriali o commerciali medio-grandi e le imprese editoriali: v. § 372), i lavoratori che subiscano un licenziamento collettivo hanno diritto, fino a quando rimangano disoccupati, a un trattamento di disoccupazione speciale — sostanzialmente corrispondente nella sua entità, per il primo anno, al trattamento straordinario di integrazione salariale (§ 370), e di durata massima variabile in relazione alla zona geografica e all'età del lavoratore —, cumulabile con l'eventuale indennità sostitutiva del preavviso (§ 512). Il finanziamento di questa prestazione previdenziale, detta « trattamento di mobilità » è posto dalla legge in gran parte a carico dell'impresa stessa (art. 5) (444).

A titolo di acconto su tale contributo, l'impresa è tenuta a versare all'Inps «una somma pari al trattamento massimo mensile di integrazione salariale, moltiplicato per il numero dei lavoratori ritenuti eccedenti» fin dall'inizio della procedura di cui all'art. 4, allegando copia della ricevuta alla comunicazione con cui la procedura stessa viene avviata (§ 540) (445). La parte residua del contributo, il quale ammonta complessivamente a nove mensilità del trattamento di disoccupazione speciale spettante a ciascun lavoratore (che si riducono a tre mensilità per ogni lavoratore quando la procedura si concluda con un accordo sindacale), viene poi determinata in relazione al numero e al livello retributivo dei lavoratori effettivamente licenziati all'esito della procedura e versata, dedotto l'acconto iniziale di cui si è detto, all'atto del licenziamento stesso.

Come si è detto in chiusura del paragrafo precedente, questo contributo, sommato al costo intrinseco della procedura — la quale, se l'accordo con le organizzazioni sindacali non viene raggiunto, produce se non altro l'effetto di un prolungamento di due mesi e mezzo del preavviso di recesso a cui ciascun lavoratore ha diritto — e all'alea del giudizio circa i criteri di scelta (§§ 541 e 543), costituisce sostanzialmente un costo del licenziamento idoneo a rendere tale scelta imprenditoriale antieconomica, e quindi a impedirla, in tutti i casi nei quali la perdita attesa conseguente alla prosecuzione del singolo rapporto di lavoro sia inferiore al costo stesso: l'effetto è ancora una volta quello di imporre all'imprenditore la sopportazione della perdita, quando essa non superi quella soglia, ovvero di accollargli una «copertura assicurativa» in favore del lavoratore, entro quel «massimale» (v. in proposito § 516, lett. b). Si osservi, però, che, per espressa disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 24, il contributo in questione non è dovuto dalle imprese che non possano fruire dell'intervento straordinario della C.i.g.: può dunque affermarsi che la stabilità dei dipendenti di queste imprese è tutelata in modo meno intenso, contro il rischio del licenziamento collettivo, rispetto ai dipendenti di imprese che possono fruirne, poiché al costo di licenziamento collettivo meno elevato corrisponde sostanzialmente una riduzione della soglia della perdita attesa suscettibile di determinare la corrispondente scelta imprenditoriale. Resta da chiedersi il motivo di questa differenza di tutela limitata al solo campo dei licenziamenti collettivi: analoga differenza, infatti, non è disposta dalla legge, tra imprese che fruiscono e imprese che non fruiscono dell'intervento straordinario della C.i.g., in materia di licenziamento individuale.

Ai dubbi sulla ragionevolezza della differenza nella limitazione sostanziale della facoltà di recesso del datore si aggiungono poi i dubbi sulla ragionevolezza, e quindi sulla costituzionalità, della differenza di trattamento di disoccupazione dei lavoratori nei due casi (446).

**545.** *Altri benefici previsti per i lavoratori iscritti nelle «liste di mobilità».* Estensione dell'accesso alle liste di mobilità anche ai lavoratori licenziati individualmente per giustificato motivo oggettivo. — L'art. 6 legge n. 223/1991 prevede la compilazione e gestione da parte degli organi regionali e circoscrizionali del collocamento pubblico delle «liste di mobilità», ovvero di liste di collocamento riservate ai lavoratori licenziati in seguito a una «procedura di mobilità» di cui all'art. 4 (§ 540). L'iscrizione nelle liste di mobilità consente ai lavoratori di beneficiare delle misure che la stessa legge dispone al fine di promuovere la loro rioccupazione:

— vincolo a carico dei datori di lavoro che occupino più di dieci dipendenti di riservare una quota percentuale delle nuove assunzioni agli iscritti alla lista di mobilità (art. 25, secondo comma: disposizione che, però, non ha mai avuto una applicazione diffusa e rigorosa; con effetto dal 16 gennaio 2003 questa norma è sostituita dal terzo comma dell'art. 6 del d.lgs. 19 dicembre 2002 n. 297 (§ 201), che attribuisce alle Regioni la facoltà di reistituire il suddetto vincolo, altrimenti non più operante);

— contribuzione previdenziale a carico del nuovo datore di lavoro pari a quella — assai ridotta — degli apprendisti per diciotto mesi, con sgravio ulteriore pari alla metà dell'indennità di mobilità che sarebbe stata corrisposta al lavoratore se non fosse stato assunto (art. 8, quarto comma);

— possibilità di assunzione a termine con contratto di durata massima di dodici mesi (§ 505) e contribuzione previdenziale a carico del nuovo datore di lavoro pari a quella degli apprendisti; lo sgravio contributivo può estendersi fino al termine massimo di altri dodici mesi se il contratto viene convertito in rapporto a tempo indeterminato (art. 8, secondo comma);

— assistenza alla mobilità geografica di cui all'art. 27 della legge n. 675/1977 (art. 8, quinto comma).

Con l'art. 4, 1° c., del d.l. 20 maggio 1993 n. 148, convertito nella legge 19 luglio 1993 n. 236, la possibilità di iscriversi alla lista di mobilità, originariamente riservata ai soli lavoratori che avessero subito un licenziamento collettivo è stata estesa ai lavoratori licenziati individualmente per giustificato motivo oggettivo, indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa di provenienza. In questo caso l'iscrizione alla lista non dà diritto al trattamento di mobilità di cui all'art. 7 della legge n. 223/1991, ma soltanto agli altri benefici di cui si è detto nel paragrafo

precedente. L'iscrizione deve essere chiesta entro sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento o da quella dei suoi motivi, se successiva (§ 540). La disposizione, originariamente destinata a restare in vigore soltanto fino alla fine del 1994, è stata prorogata di anno in anno, da ultimo con il d.l. 11 giugno 2002 n. 108, convertito nella legge 31 luglio 2002 n. 172, fino alla fine del 2002.

**546. La tutela reale contro il licenziamento collettivo illegittimo.** — Il terzo comma dell'art. 5 commina l'inefficacia (ovvero sostanzialmente nullità: v. § 523) per il recesso intimato, nell'ambito di un licenziamento collettivo, senza l'osservanza della forma scritta o in violazione della procedura di cui all'art. 4; la sanzione dell'annullabilità, invece, per il licenziamento intimato in violazione dei criteri di scelta di cui al primo comma (§ 541), che è in tal modo equiparato al licenziamento illegittimo per difetto di giustificazione. La rilevanza pratica della distinzione tra le due sanzioni è tuttavia ridotta drasticamente — per non dire azzerata (v. ancora § 523) — dall'ultimo periodo dello stesso terzo comma, che dispone l'applicabilità in entrambi i casi dell'art. 18 St. lav. e pertanto della reintegrazione automatica del lavoratore e del risarcimento del danno nella misura minima di cinque mensilità dell'ultima retribuzione (447).

Si osservi come quest'ultima disposizione abbia l'effetto di estendere l'applicazione del regime di tutela reale di cui all'art. 18 anche in alcune aree marginali nelle quali tale regime non è applicabile in caso di licenziamento individuale: questo accade ad esempio, per l'impresa che occupa complessivamente meno di sessanta lavoratori, ma ne ha più di quindici nel territorio di una determinata provincia, distribuiti in due o più unità produttive dislocate in comuni diversi, delle quali nessuna superi la soglia dei quindici.

A norma dell'art. 17, nel caso di annullamento di un licenziamento per violazione dei criteri di scelta (§ 541) e conseguente reintegrazione giudiziale del lavoratore interessato, l'imprenditore può procedere al licenziamento di un altro lavoratore, applicando questa volta correttamente i criteri stessi, ma senza la necessità che venga esperita *ex novo* la procedura di cui all'art. 4. Questo «beneficio» per il datore di lavoro è più apparente che reale: egli infatti, procedendo al nuovo licenziamento, si espone al rischio che nel prosieguo del giudizio la sentenza venga riformata o cassata, con conseguente convalida del primo licenziamento e impugnazione del secondo come ingiustificato; nulla impedisce, del resto, che quest'ultimo venga impugnato anche indipendentemente dall'esito del giudizio sul primo e che anch'esso venga annullato da un giudice che dissenta dal primo circa la corretta applicazione dei criteri di scelta. Si è dato anche il caso in cui, in seguito alla riforma della sentenza di annullamento del primo licenziamento, l'estromissione dei lavoratori originariamente licenziati e provvisoriamente reintegrati sia stata considerata illegittima perché «in soprannumero» rispetto all'eccedenza di personale denunciata all'inizio della procedura, in conseguenza del fatto che dopo la sentenza di primo grado erano stati effettuati nuovi licenziamenti a norma dell'art. 17 (448).

Si ritiene che il difetto procedimentale possa essere sanato con il compimento dell'atto mancante (449).

La giurisprudenza è orientata nel senso dell'applicabilità anche al licenziamento collettivo del termine di decadenza di sessanta giorni posto dall'art. 6 della legge n. 604/1966 per l'impugnazione da parte del lavoratore (450).

**547. La «mobilità collettiva» nel settore pubblico.** — Tra le materie nelle quali la disciplina del rapporto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche conserva un carattere di specialità rispetto al diritto del lavoro comune — pur riavvicinandosi sensibilmente ad esso — va annoverata anche quella delle eccedenze di personale, per la quale dispongono gli artt. 35 e 35-bis, rispettivamente sostituito e aggiunto nel testo del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 dagli artt. 20 e 21 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 90, ora artt. 33 e 34 nel testo unico, d.lgs. n. 165/2001 (451).

A norma dell'art. 35, le amministrazioni pubbliche che rilevino eccedenze di personale nella misura di almeno dieci unità (al di sotto di questa soglia si applica la disciplina generale del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo) sono tenute a informarne preventivamente le rappresentanze unitarie del personale e le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale del comparto o area, con una comunicazione di contenuto sostanzialmente identico a quella di apertura della procedura di mobilità di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991 (primi tre commi). Entro dieci giorni dalla comunicazione, a richiesta delle stesse organizzazioni sindacali si procede all'esame congiunto della situazione e delle misure opportune per farvi fronte (quarto comma). In caso di mancato accordo entro quarantacinque giorni dalla comunicazione iniziale, per le amministrazioni dello Stato (anche a ordinamento autonomo) e gli enti pubblici nazionali le organizzazioni sindacali possono chiedere che la procedura prosegua presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con l'assistenza dell'Aran, concludendosi entro sessanta giorni dall'apertura della procedura stessa (quinto comma).

Conclusa la procedura, il personale che non sia possibile impiegare diversamente nell'ambito dell'amministrazione datrice di lavoro e che non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni, nonché quello che non abbia preso servizio presso la diversa amministrazione disponibile ad assorbito, viene collocato «in disponibilità» (settimo comma), procedendosi nella scelta secondo i criteri di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991 (primo comma). Da quel momento «restano sospese tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro, non decorre l'anzianità e il lavoratore ha

diritto a una indennità pari all'80 per cento dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato, per la durata massima di ventiquattro mesi» (ottavo comma). Si tratta di una sorta di trattamento di disoccupazione speciale a carico dell'amministrazione di provenienza, con la quale però viene conservato formalmente il rapporto di lavoro: una concessione residua al modello della «mobilità da posto a posto», di cui si è detto all'inizio di questa sezione (§ 535), che invece la legge n. 223/1991 ha definitivamente abbandonato per il settore privato.

Al termine dei ventiquattro mesi, se il lavoratore nel frattempo non si è dimesso, il rapporto cessa senz'altro. La formulazione della norma sembra indicare che la cessazione si produca immediatamente, per effetto differito del provvedimento di collocazione «in disponibilità» adottato all'esito della procedura di esame congiunto di cui si è detto sopra.

I primi due commi dell'art. 35-bis dispongono che il Dipartimento della funzione pubblica formi e gestisca un elenco del personale «in disponibilità» delle amministrazioni statali e degli enti pubblici non economici nazionali e si attivi per la sua riqualificazione professionale e la sua ricollocazione in altre amministrazioni, avvalendosi anche della collaborazione delle strutture regionali e provinciali del collocamento pubblico (§ 27). Per il personale «in disponibilità» delle altre amministrazioni, l'elenco è tenuto dalle strutture regionali e provinciali del collocamento pubblico. La formulazione della norma sembra indicare che, salvo ovviamente il caso in cui il singolo lavoratore interessato trovi spontaneamente la propria nuova occupazione in un'azienda privata, la ricerca delle possibilità di ricollocazione svolta dagli uffici suddetti debba necessariamente indirizzarsi verso un'altra amministrazione pubblica: questo spiegherebbe l'istituzione di elenchi speciali dei lavoratori posti «in mobilità» dalle amministrazioni pubbliche, rispetto alle liste di mobilità previste dalla legge n. 223/1993 (§ 545). Ma non si vede davvero il motivo di questa restrizione dell'area di ricerca di una utile ricollocazione del lavoratore proveniente dall'amministrazione pubblica.

(1) Per lo studio della distribuzione del rischio tra le parti nei contratti di collaborazione continuativa gli economisti fanno riferimento al modello *principal/agent*: v. in proposito F. Sartori, *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, RCDP, 2001, pp. 607-661.

(2) Non opera, invece, od opera in minor misura, una asimmetria informativa in senso inverso, poiché la qualità dell'imprenditore è più facilmente conoscibile dal lavoratore e il *moral hazard* non grava su quest'ultimo nella stessa misura in cui esso grava sull'imprenditore.

(3) Il riferimento è al noto modello proposto da P. Aghion e B. Hermalin, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, n. 2, pp. 381-409.

(4) Cfr. in proposito, in riferimento alla situazione spagnola tra gli anni '80 e gli anni '90, F. Duran Lopez, *L'evoluzione recente della disciplina del lavoro temporaneo e del licenziamento nell'ordinamento spagnolo*, cit. nella nota 9: «la precarizzazione dei rapporti di lavoro ha, per un verso, concorso a innalzare il tasso di infortuni sul lavoro: la percentuale di incidenti sul lavoro per i lavoratori temporanei è di circa il doppio di quella dei lavoratori permanenti (dati riferiti al 1993). Mentre, per l'altro verso, il ricorso a forza lavoro temporanea ha paralizzato o comunque reso più difficile il perseguimento di finalità formative e di riqualificazione professionale, l'instaurazione di politiche collaborative e partecipative all'interno dell'impresa e lo sviluppo dei fondi pensione. Il lavoro temporaneo frena i consumi e disincentiva l'acquisto della prima casa, incidendo in modo determinante persino sulla decisione di avere dei figli o una famiglia» (p. 233).

(5) Questo argomento porta alla conclusione — paradossale soltanto in apparenza — secondo la quale la disciplina limitativa della facoltà di recesso degli imprenditori, in funzione di una ragionevole copertura assicurativa dei lavoratori contro le sopravvenienze negative, non soltanto non pregiudica la libertà di iniziativa economica, ma anzi, in un mercato del lavoro caratterizzato dalle asimmetrie informative di cui si è detto, costituisce condizione in qualche misura necessaria per il pieno dispiegamento delle potenzialità di sviluppo delle imprese.

(6) V. in proposito A.B. Kruger, *The evolution of Unjust-Dismissal Legislation in the United States*, *ILRR*, vol. 44, n. 4, 1991, pp. 644-660 (e la relativa recensione, *Quando sono gli imprenditori a rivendicare la disciplina legislativa del licenziamento*, *RIDL*, 1995, III, pp. 233-236); J.H. Verkerke, *Un approccio di Law and Economics alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, *RIDL*, 1998, I, pp. 293-315.

(7) V. in proposito Ocse, *Protection de l'emploi et performance du marche du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, giugno 1999, pp. 51-86.

(8) L'analisi comparatistica mostra «come a mercati del lavoro rigidi si associ generalmente un'alta incidenza dei contratti temporanei (e un'elevata quota di lavoro autonomo), al punto che tali grandezze possono essere considerate veri e propri indicatori di flessibilità/rigidità di un mercato del lavoro»: Isae, *Rapporto trimestrale. Priorità nazionali: trasparenza, flessibilità, opportunità*, Roma, 2002. Il rapporto mostra inoltre come i rapporti a termine in Italia nell'ultimo decennio si siano raddoppiati, crescendo dagli 899.000 del 1993 ai 1.514.000 del 2001. Sulla diffusione e il tipo di utilizzazione del contratto a termine nell'esperienza italiana v. inoltre P. Barbieri, *Il lavoro a termine nella recente esperienza italiana: uno sguardo sociologico e alcune considerazioni in proposito*, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 45, pp. 21-40.

(9) È la scelta compiuta in Spagna, dove alla metà degli anni '90 il ricorso ai contratti di lavoro temporaneo aveva raggiunto il 35% del totale della manodopera occupata e addirittura il 40% di quella dipendente da aziende private: per questo la riforma dello Statuto dei lavoratori del 1995 ha limitato la possibilità di assunzione a termine, contestualmente riducendo i vincoli in materia di licenziamento nel rapporto a tempo indeterminato; sulla stessa linea si è posto poi l'accordo interconfederale 28 aprile 1997, che può leggersi in *RIDL*, 1997, III, pp. 185-197. In proposito v. F. Duran Lopez, *L'evoluzione recente della disciplina del lavoro temporaneo e del licenziamento nell'ordinamento spagnolo*, *RIDL*, 1996, I, pp. 227-241.

(10) L'unico caso di questo genere che sono riuscito a individuare è quello previsto dall'art. 10, 2° c., del d.l. 23 dicembre 1976 n. 857, convertito nella l. 26 febbraio 1977 n. 39, a norma del quale il commissario liquidatore di compagnia assicuratrice provvede a riassumere il personale già dipendente dalla stessa; la norma è interpretata nel senso che essa dispone implicitamente l'estinzione *ope legis* del precedente rapporto in capo a tutti i dipendenti: v. in proposito Cass. 31 luglio 1998 n. 7544 (*RIDL*, 1999, II, p. 789, con nota di L. Zanotelli, *Risoluzione del rapporto di lavoro ope legis e indennità di mancato preavviso*), la quale, proprio in considerazione della natura particolare della cessazione del rapporto, non riconducibile a un atto negoziale di parte, ha negato il diritto dei lavoratori al preavviso. Nello stesso senso in precedenza T. Milano 26 maggio 1988, *RIDL*, 1988, II, p. 1001, con nota di F. Scarpelli, *Liquidazione coatta amministrativa di impresa assicuratrice, risoluzione dei rapporti di lavoro e indennità di mancato preavviso*.

(11) Nel senso della nullità di una clausola collettiva che prevedeva la risoluzione automatica del rapporto di lavoro al maturare dell'età per il pensionamento di vecchiaia e dell'anzianità contributiva massima del lavoratore (requisiti in presenza dei quali, pure, è consentito il licenziamento *ad nutum*: v. § 520), v. Cass. 2 marzo 1999 n. 1758, *GC*, 1999, p. 1343, con nota di G. Pera, *Massima anzianità contributiva e risoluzione automatica del rapporto di lavoro per pattuizione collettiva*; nello stesso senso Cass. 19 ottobre 2000 n. 13851, *RIDL*, 2001, II, p. 551, con nota di S. Gianino, *La nuova via in tema di clausola risolutiva automatica nulla*; Cass. 25 gennaio 2001 n. 1011, *LPO*, 2001, p. 377; e ultimamente Cass. 22 luglio 2002 n. 10705, per quel che mi consta inedita («al contratto collettivo di diritto comune non è consentito regolare un rapporto di lavoro subordinato privato a tempo indeterminato in maniera da snaturarne il tipo legale, mediante la previsione della sua cessazione automatica, senza bisogno di recesso, al verificarsi di un evento, sia esso considerato come scadenza di un termine o come avveramento di una condizione risolutiva») e



n. 10713, *GLav*, 2002, n. 39, p. 41. Non si uniformano all'orientamento della Cassazione T. Lucca 9 luglio 1999 (*RIDL*, 2000, II, p. 140) e T. Palermo 8 giugno 2000 (*RIDL*, 2001, II, p. 129, con nota di G. Pera).

(12) Una sola voce, per quel che mi consta isolatissima, si registra nell'ultimo secolo a sostegno della tesi secondo cui le dimissioni del lavoratore dovrebbero essere sorrette da un giustificato motivo: L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, pp. 223-225, nt. 55-*bis*; ma si trattava di uno scotto che l'A. pagava per poter sostenere la tesi che più le stava a cuore: la necessità di giustificazione del recesso del datore *ex art.* 2118 c.c.: «quanto sin qui detto con riferimento alla situazione oggettiva (interesse legittimo) del lavoratore di fronte al fatto licenziamento può prospettarsi, *mutatis mutandis*, con riguardo a quella del datore di lavoro di fronte al fatto dimissioni ... Solo un giustificato motivo dovrebbe ... legittimare il recesso *ad nutum* (anche) del lavoratore; vale a dire, l'esistenza di un'esigenza riferibile a costui ma oggettivamente valutabile, che consenta ... il superamento dell'interesse del datore di lavoro alla conservazione del posto», conservazione che potrebbe costituire «uno dei mezzi necessari all'impresa per svolgere quell'attività», cui la stessa Costituzione riconosce ... particolare rilevanza». È l'ideologia del posto fisso spinta alle sue estreme conseguenze. Per alcune considerazioni critiche in proposito v. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1975, pp. 72-73.

(13) Per una panoramica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito v. S. Mainardi, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, *Il rapporto di lavoro subordinato ecc.*, a cura di M. Miscione, Torino, 1998, pp. 363-408.

(14) Su di una clausola del contratto collettivo per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato che esonerava gli stessi dal preavviso — ma non dall'indennità sostitutiva — in caso di dimissioni, v. Cass. 16 maggio 1994 n. 4759, *RIDL*, 1995, II, p. 619, con nota di A. Rosiello, *Dimissioni del dipendente delle Ferrovie dello Stato con effetto immediato e diritto dell'Ente all'indennità sostitutiva del preavviso*.

(15) L'interpretazione asimmetrica della norma sul preavviso contenuta nel secondo comma dell'art. 2118 è sostenuta convincentemente da G. Pera, *Il recesso dal rapporto di lavoro*, Padova, 1980, pp. 48-54.

(16) V. ad es., in riferimento a un caso in cui si discuteva della collocazione temporale dell'effetto risolutivo delle dimissioni di un lavoratore, Cass. 6 agosto 1987 n. 6769, *RIDL*, 1988, II, p. 276: «il preavviso di cui all'art. 2118 ... costituisce (salvo che in alcune particolari ipotesi) una condizione di liceità del negozio unilaterale di recesso dal contratto di lavoro, nel senso che esso è legittimamente esercitato solo con l'adempimento appunto del dovere di preavviso (ad esso coesenziale) la cui inosservanza comporta l'obbligo per il recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva, nel mentre il rapporto in ogni caso permane giuridicamente in vita fino alla scadenza del relativo periodo a meno che l'indennità non sia accettata dall'altra parte con modalità tali da realizzare la risoluzione anticipata consensuale del rapporto stesso».

(17) Cass. 21 gennaio 1982 n. 403, *RIDL*, 1982, II, p. 758, con nota di M. Papaleoni, *La derogabilità convenzionale del preavviso*, in riferimento al contratto collettivo per i dipendenti delle aziende grafiche.

(18) Nel terzo comma dell'art. 9 del r.d.l. n. 1825/1924 la giusta causa era definita come «mancanza così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto». V. sul punto anche § 518.

(19) Su di un caso di dimissioni in tronco per molestie sessuali da parte del datore di lavoro v. Cass. 8 agosto 1997 n. 7380, *RIDL*, 1998, II, p. 795, con nota di A. Pizzoferrato, *Molestie sessuali sui luoghi di lavoro: verso una tipizzazione della fattispecie giuridica e delle tecniche di tutela*. Più in generale, sulla legittimità del rifiuto della prestazione lavorativa, e quindi anche delle dimissioni in tronco, a fronte di violazioni rilevanti, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c., v. § 225.

(20) Per il caso di un dirigente dimessosi in tronco da un'azienda farmaceutica che pretendeva di coinvolgerlo nella produzione e commercializzazione di un farmaco vietato, v. P. Legnano 3 marzo 1989, *RIDL*, 1989, II, p. 839, con nota di V.A. Poso. Più in generale, sulla legittimità del rifiuto della prestazione lavorativa, e quindi anche delle dimissioni in tronco, a fronte di una persistente pretesa da parte del datore di mansioni esorbitanti dal debito contrattuale, v. § 295.

(21) In questo senso v. soprattutto F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1981<sup>32</sup>, p. 236; G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 60; R. Altavilla, *Le dimissioni del lavoratore*, Milano, 1987, pp. 36-41. In giurisprudenza v. soprattutto Cass. 24 luglio 1968 n. 2688 (*FI*, 1968, c. 2733, con nota di G. Pera, *Sull'evoluzione della «giusta causa» nel rapporto di lavoro subordinato*), in riferimento a un caso di dimissioni di dipendente da studio professionale motivate con una sopravvenuta malattia psichica dell'avvocato datore di lavoro). Sulla necessità che l'impedimento, per giustificare le dimissioni in tronco, abbia carattere oggettivo, v. Cass. 14 luglio 1993 n. 7796, *RIDL*, 1994, II, p. 317, con nota di L. Nogler, dove si è ritenuto che non costituissero giusta causa di dimissioni di un direttore generale le critiche a lui rivolte da una parte degli azionisti; Cass. 17 dicembre 1997 n. 12768, *RIDL*, 1998, II, p. 551, con ampia nota di M.T. Bellante Fumagalli, *Riflessioni in materia di giusta causa*, dove si è ritenuto che non costituisse giusta causa di dimissioni di un dirigente la nomina di un dirigente a lui sovraordinato.

(22) Si discute se al trasferimento di azienda possa essere equiparato, ai fini della disciplina collettiva delle dimissioni del dirigente, il mutamento del controllo azionario sulla società: in senso affermativo v. Cass. 25 febbraio 1988 n. 2009, *MGL*, 1988, p. 331, nonché T. Milano 6 ottobre 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 435, con nota di V.A. Poso; in senso contrario Cass. 5 febbraio 1991 n. 1098, *RIDL*, 1991, II, p. 857, con nota di L. Marra.

(23) Per un caso nel quale è stata riconosciuta la giusta causa di dimissioni collettive di un gruppo di giornalisti, motivate con la sostituzione del direttore del quotidiano, v. P. Milano 6 novembre 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 36, con nota di M. Caro, *Il caso di coscienza dei giornalisti de «Il Giornale»*.

(24) P. Firenze 11 marzo 1988, *RIDL*, 1988, II, p. 994.

(25) Nel senso della non risarcibilità del danno ulteriore subìto dal lavoratore dimissionario v. ultimamente Cass. 7 novembre 2001 n. 13782 (*RIDL*, 2002, II, p. 591, con nota di M. Vincieri, *Sugli effetti delle dimissioni per giusta causa*), secondo la quale la disciplina speciale dettata dall'art. 2119 c.c. per il rapporto di lavoro subordinato escluderebbe che possa applicarsi quella generale di cui agli artt. 1453 ss. c.c.; conformi, in precedenza, Cass. 25 marzo 1996 n. 2632, *LPO*, 1997, p. 973; Cass. 2 febbraio 1998 n. 1021, *MGL*, 1998, p. 687, con nota di A. Vallebona, *Dimissioni per giusta causa e pregiudizi da perdita dell'occupazione*. In senso contrario, ma solo in riferimento al caso di dimissioni per giusta causa dal contratto di lavoro a tempo determinato, v. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, pp. 131-132; nello stesso senso, in riferimento anche al rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ma nell'ambito di una costruzione giuridica non condivisa dalla dottrina maggioritaria (diritto del lavoratore costretto a dimettersi per giusta causa a essere risarcito del danno «per lesione dell'interesse legittimo alla conservazione del posto»), v. A. Mundo, *Le dimissioni per giusta causa dal rapporto di lavoro. Studio per una teoria dell'interesse legittimo del prestatore alla conservazione del posto*, Padova, 1990 (l'A. aderisce alla nota tesi di L. Bigliuzzi Geri, *op. cit.* nella nota 12, secondo la quale la categoria dogmatica dell'interesse legittimo è quella che meglio consente di spiegare la posizione soggettiva del lavoratore nei confronti dei poteri discrezionali del datore di lavoro, poiché il contenuto concreto della tutela offerta dall'ordinamento al lavoratore non è determinabile *a priori*, bensì soltanto, di volta in volta, in relazione ai motivi del comportamento e delle scelte del datore di lavoro stesso). Per alcuni casi nei quali è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per la perdita del posto al lavoratore dimessosi per le molestie sessuali subite, v. nota 89 al § 221.

(26) C. cost. 17 giugno 2002 n. 269, *DPL*, 2002, p. 2148.

(27) V. in proposito Cass. 27 maggio 1996 n. 4862 (*RIDL*, 1997, II, p. 311, con nota di L. Calafà, *Sul valore delle dimissioni del socio di cooperativa presentate al solo datore di lavoro «formale»*), in riferimento a un caso di interposizione vietata, nel quale la comunicazione del recesso rivolta all'interposto è stata ritenuta inefficace nei confronti dell'interponente.

(28) V. in questo senso R. Altavilla, *Le dimissioni del lavoratore*, cit. nella nota 21, pp. 61-67, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in argomento. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. 25 febbraio 1998 n. 2048, *RIDL*, 1998, II, p. 829, con nota di I. Occhino, *In tema di forme convenzionali dell'atto e del mezzo di comunicazione*; Cass. 13 luglio 2001 n. 9554, cit. nella nota 33.

(29) Cass. 13 aprile 2000 n. 4760, cit. nella nota 33.

(30) T. Torino 20 luglio 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 918, con nota di M. Mariani, *Sulle dimissioni della lavoratrice che contrae matrimonio*.

(31) Sulla curiosa vicenda di questa norma, in precedenza contenuta soltanto nel regolamento di attuazione della legge n. 1204/1971 (d.P.R. n. 1026/1976, art. 11) e ritenuta pertanto illegittima dalla giurisprudenza, v. nota 291 al § 403.

- (32) Nel senso dell'applicabilità della regola anche in questo caso, essendo le circostanze e i motivi delle dimissioni del tutto irrilevanti, Cass. 22 ottobre 1991 n. 11164, *RIDL*, 1992, II, p. 415, con nota di M. Caro, *Dimissioni della lavoratrice madre e indennità di preavviso*; nel senso, invece, della non applicabilità della regola quando la lavoratrice instauri immediatamente un nuovo rapporto di lavoro, salvo che ella dimostri una conseguente perdita di reddito, Cass. 19 agosto 2000 n. 10994, *RIDL*, 2001, II, p. 515, con nota di V. Marino, *Indennità di preavviso e lavoratrice madre che abbia trovato nuova occupazione*.
- (33) V. in questo senso, in riferimento a due casi in cui ciascuna delle parti sosteneva essere stata l'altra a recedere, rispettivamente Cass. 13 luglio 2001 n. 9554, *RIDL*, 2002, II, p. 606, con nota di A. Russo, *Quando non è chiaro di chi sia il recesso*, e in precedenza Cass. 13 aprile 2000 n. 4760, *RIDL*, 2001, II, p. 166, con nota di M. Caro, *La ripartizione dell'onere della prova dell'estinzione del rapporto di lavoro, in assenza di dichiarazioni negoziali scritte*. In riferimento a un caso nel quale si discuteva soltanto della sussistenza delle dimissioni del lavoratore, Cass. 11 marzo 1995 n. 2853, *RIDL*, 1996, II, p. 132, con nota di G.L. Pinto, *La difficile prova: licenziamento o dimissioni*. V. inoltre § 531 e ivi nota 345.
- (34) Cass. 20 gennaio 1999 n. 509, cit. nella nota 39.
- (35) Cfr. Cass. 22 ottobre 1991 n. 11167 (*RIDL*, 1992, II, p. 1034, con nota di M. Caro), dove si precisa tuttavia che l'atto diventa annullabile *ex art.* 2113 c.c. qualora, oltre alla clausola relativa alla cessazione del rapporto, contenga anche una transazione su diritti nascenti da norme inderogabili; Cass. 11 febbraio 1998 n. 1435, cit. nella nota 45. V. anche § 498 sulla risoluzione consensuale.
- (36) Per un caso di questo genere v. T. Napoli 7 ottobre 1993, cit. nella nota 40. Non può darsi, invece, il caso dell'annullabilità per incapacità di agire del minore, poiché, come si è visto a suo luogo (§ 191), a norma dell'art. 2, 2° c., c.c. il minore stesso «è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro» di cui egli sia titolare. Sui criteri di individuazione dello stato di incapacità naturale che può determinare l'annullabilità delle dimissioni v. ultimamente T. Ascoli Piceno 20 luglio 2001, *FL*, 2001, I, c. 2971, secondo cui «Ai fini della sussistenza dell'incapacità di intendere e di volere, costituente causa di annullamento delle dimissioni a norma dell'art. 428 c.c., non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente la menomazione di esse, tale comunque da impedire la formazione di una volontà cosciente». In dottrina v. sul punto R. Altavilla, *Le dimissioni del lavoratore*, cit. nella nota 21, pp. 100-102.
- (37) Per un caso in cui è stata ravvisata la violenza privata, ma non l'estorsione, nel comportamento del datore di lavoro che aveva ottenuto le dimissioni di una lavoratrice (oltretutto in istato di gravidanza) con minacce e offese, v. T. pen. Camerino 4 giugno 1993, *RIDL*, 1994, II, p. 494. V. inoltre A. Firenze 11 febbraio 2002, *D&L*, 2002, p. 682, con ampia nota di G. Tognazzi, *Annullamento delle dimissioni per violenza morale*, in riferimento a un caso in cui la violenza morale è stata ravvisata nel comportamento intimidatorio del datore.
- (38) Il dolo non rileva quando il datore di lavoro non ne sia partecipe: per un caso di questo genere v. P. Cosenza 29 marzo 1989, *RIDL*, 1989, p. 820, con nota di G. Mammone, *Dimissioni volontarie del lavoratore e vizi del consenso*. Per un caso nel quale invece le dimissioni sono state ritenute annullabili essendo stata ravvisata una — peraltro discutibile — scorrettezza del datore di lavoro nell'ambito di una campagna di incentivazione all'esodo, v. T. Ravenna 6 dicembre 2001, *LG*, 2002, p. 1184, con commento di E. Brida, *Annullabilità delle dimissioni per vizio del volere e risarcimento del danno*.
- (39) V. tra le numerose altre Cass. 20 gennaio 1999 n. 509, *DL*, 2000, II, p. 52; Cass. 28 dicembre 1999 n. 14621, *RIDL*, 2000, II, p. 738, con nota di C. Ponari, *L'annullabilità delle dimissioni in caso di minaccia di licenziamento per giusta causa*, dove si afferma anche la rilevanza, ai fini dell'annullabilità delle dimissioni, del fatto che il datore di lavoro abbia tenuto un comportamento indebitamente intimidatorio nei confronti del lavoratore; v. inoltre il caso a cui si riferisce Cass. 21 maggio 2002 n. 7462, *GLav*, 2002, p. 22. In precedenza, nello stesso senso, Cass. 16 luglio 1996 n. 6426, *RIDL*, 1997, II, p. 349, con nota di C. Pollera, *Sulla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro come alternativa al licenziamento*; P. Lamezia Terme 28 aprile 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 563, con nota di D. Cagetti, *Sulle dimissioni sotto minaccia di licenziamento*.
- (40) T. Forlì 30 ottobre 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 857: «Dall'annullabilità delle dimissioni per violenza morale discende la continuità giuridica del rapporto, con il diritto del lavoratore di essere riammesso nel posto di lavoro e di ottenere, a titolo risarcitorio, le retribuzioni *medio tempore* maturate». Nella nota di commento si precisa che «il diritto alle retribuzioni *medio tempore* perdute non consegue automaticamente all'annullamento delle dimissioni: il Tribunale ha attribuito tali somme al lavoratore a titolo risarcitorio, in conseguenza del ritenuto comportamento illecito del datore; ma nell'ipotesi in cui il datore non abbia in alcun modo dato causa all'invalidità, il dipendente avrà diritto unicamente alla ricostituzione del rapporto (L. Nannipieri, *Dimissioni «in bianco» e dimissioni rese sotto minaccia di licenziamento*, ivi, p. 860). Conforme, su questo punto, T. Napoli 7 ottobre 1993, *RIDL*, 1994, II, p. 758, con nota di A. Valli, *Sull'annullamento delle dimissioni e gli effetti che ne conseguono*, riferita a un caso di annullamento di dimissioni «incentivate» con una somma di denaro, ma rassegnate da lavoratore temporaneamente incapace di intendere e volere perché mentalmente infermo in quel momento, in una situazione nella quale tale incapacità non poteva ritenersi riconoscibile da parte del datore di lavoro. V. però, nel senso dell'applicabilità del regime sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav. in un caso di questo genere, A. Firenze 11 febbraio 2002, cit. nella nota 37.
- (41) Oltre alle sentenze citt. nella nota prec., v. su questo punto ancora T. Ascoli Piceno 20 luglio 2001, cit. nella nota 36.
- (42) T. Forlì 30 ottobre 1995, cit. nella nota 40.
- (43) L. Nannipieri, *Dimissioni «in bianco» ecc.*, cit. nella nota 40, p. 860.
- (44) P. Teramo 27 aprile 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 429, con nota di V. Marino, *Nullità delle dimissioni in bianco*.
- (45) V. in questo senso Cass. 11 febbraio 1998 n. 1435, *RIDL*, 1998, II, p. 539, con nota di F. Bano, *Clausola di durata minima e costo dell'addestramento*: «Il lavoratore può liberamente disporre della facoltà di recesso dal rapporto di lavoro pattuendo una garanzia di durata minima dello stesso, che comporti, fuori dell'ipotesi di giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., il risarcimento del danno a favore della parte non recedente; ciò infatti non contrasta con alcun limite posto dall'ordinamento all'autonomia privata»; nello stesso senso T. Torino 11 maggio 2001, *GPiem*, 2001, p. 462, dove si afferma anche la legittimità del rafforzamento della clausola di durata minima con la previsione di una penale. In dottrina, in riferimento alle clausole di durata minima, v. L. Isenburg, *Le clausole di durata minima nel contratto individuale di lavoro*, *RGL*, 1975, I, pp. 19-54 (saggio dedicato, però, quasi esclusivamente alle c.d.m. che pongono un vincolo per il datore di lavoro); L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1982<sup>14</sup>, pp. 343-344; e ultimamente A. Russo, *Contratto a termine, clausole di stabilità e clausole di durata minima garantita: quali prospettive per la fidelizzazione dei lavoratori?*, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, Milano, 2002, pp. 345-354. In riferimento al prolungamento bilaterale del preavviso v. invece A. Vallebona, *Preavviso di dimissioni e accordi individuali*, *LG*, 2001, pp. 1120-1121, il quale ritiene legittima la pattuizione di un preavviso di dimissioni superiore rispetto a quello previsto dal contratto collettivo, a condizione che venga previsto un compenso adeguato per il sacrificio della libertà di recesso che ne deriva per il lavoratore.
- (46) Cass. 30 ottobre 1990 n. 10460, *RIDL*, 1991, II, p. 867, con nota di L. Gremigni.
- (47) Per un caso nel quale è stata confermata la sentenza di merito che aveva determinato il danno nella misura dei costi sostenuti dal datore di lavoro per l'addestramento del lavoratore, v. Cass. 11 febbraio 1998 n. 1435, *RIDL*, 1998, II, p. 539, con nota di F. Bano, *Clausola di durata minima e costo dell'addestramento*.
- (48) V. in proposito Cass. 3 febbraio 1996 n. 924 (*RIDL*, 1997, II, p. 800, con nota di O. Bonardi, *Recesso dal contratto di lavoro con clausola di durata minima e onere della prova dell'aliunde perceptum*), dove si precisa che sul datore di lavoro grava, in tal caso, il solo onere della prova circa la nuova occupazione retribuita del lavoratore, mentre su quest'ultimo grava l'onere della prova circa il minor livello retributivo e professionale della nuova occupazione.
- (49) Una menzione implicita della risoluzione consensuale del rapporto deve però ravvisarsi nel secondo comma dell'art. 1 della direttiva comunitaria 20 luglio 1998 n. 59 (§ 535), dove si stabilisce che per la determinazione del numero dei recessi ai fini dell'applicazione della disciplina del licenziamento collettivo devono computarsi anche le «cessazioni del contratto di lavoro [diverse dal licenziamento] verificatesi per iniziativa del datore di lavoro».
- (50) Nel senso che alla risoluzione consensuale non si applichi neppure il requisito di forma eventualmente posto dal contratto collettivo per la validità delle dimissioni v. Cass. 15 novembre 2001 n. 14217, *GLav*, 2001, n. 50, p. 26. Nello stesso senso, implicitamente, Cass. 11 dicembre 2001

n. 15628, *NGL*, 2002, p. 190. Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza in tema di risoluzione consensuale v. S. Mainardi, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, cit. nella nota 13, pp. 408-410.

(51) V. tra le numerose altre Cass. 9 febbraio 1993 n. 1431, *RIDL*, 1994, II, p. 531, con nota di L. Marra, *Risoluzione consensuale e preavviso*; Cass. 15 novembre 2001 n. 14217, cit. nella nota prec.

(52) Su di un caso di apposizione illegittima del termine, nel quale si discuteva se la cessazione di fatto dello scambio di prestazioni contrattuali potesse configurare un consenso tacito circa la cessazione del rapporto, v. Cass. 11 dicembre 2001 n. 15628, *GC*, 2002, I, p. 658: «per la configurabilità di una risoluzione del rapporto ... per mutuo consenso, e' necessario che sia accertata — sulla base del lasso di tempo trascorso dalla conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché alla stregua delle modalità di tale conclusione, del comportamento tenuto dalle parti medesime e di eventuali circostanze significative — una chiara e certa volontà comune delle parti medesime di porre fine a ogni rapporto». Nello stesso senso, con una precisazione circa l'irrelevanza della riserva mentale non espressa dal lavoratore, v. Cass. 29 marzo 1995 n. 3753, *RIDL*, 1996, II, p. 127, con nota di L. Calafà, *Il valore risolutivo del silenzio protratto*.

(53) V. in proposito Cass. 16 luglio 1996 n. 6426, cit. nella nota 39.

(54) Per un caso nel quale è stato ritenuto legittimo un patto atipico di «prova unilaterale» stipulato da un dirigente, consistente nell'attribuire la facoltà di recesso al solo datore di lavoro, subordinandola però al pagamento di una penale, v. Cass. 30 ottobre 2000 n. 14299, *RIDL*, 2001, II, p. 542, con ampia nota di L. Di Paola, *Patto di «prova unilaterale» atipico nel rapporto dirigenziale e ambito di applicazione dell'articolo 2113 c.c.: un chiarimento utile della Cassazione*.

(55) In questo senso v. per tutte, ultimamente, Cass. 26 luglio 2002 n. 11122, *LG*, 2002, p. 1201. In dottrina, nello stesso senso, v. tra i primi V. Cassi, *Il rapporto di lavoro in prova*, Milano, 1950, pp. 28-31; più recentemente, anche per gli ulteriori riferimenti, P.A. Varesi (M. Roccella), *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*. *Artt. 2096-2097, Comm Sch*, 1990, pp. 12-20. Nel senso, invece, della necessità della forma scritta soltanto ad probationem v. C. Assanti, *Il contratto di lavoro a prova*, Milano, 1957, pp. 54-55.

(56) P.A. Varesi (M. Roccella), *op. cit.* nella nota prec., p. 15.

(57) T. Milano 31 gennaio 1997, cit. nella nota seg. Ma v. ultimamente, nel senso della necessità inderogabile della sottoscrizione da parte del lavoratore precedente all'inizio del rapporto, Cass. 26 luglio 2002 n. 11122, cit. nella nota 55.

(58) Per questo orientamento v. soprattutto Cass. 26 maggio 1995 n. 5811, *GI*, 1996, I, c. 28, e *LG*, 1996, p. 171; Cass. 30 ottobre 2001 n. 13525 (*LG*, 2002, p. 311, con nota di F. Santini; *RIDL*, 2002, II, p. 890, con nota di F. Pasquini, *Collocamento obbligatorio e patto di prova ecc.*), secondo la quale la determinazione delle mansioni può anche essere concordata in forma orale; Cass. 4 dicembre 2001 n. 15307, *FI*, 2002, I, c. 716, secondo la quale, invece, la determinazione delle mansioni deve risultare dall'atto scritto; T. Busto Arsizio 22 gennaio 2002, cit. nella nota 68. In senso contrario, v. Cass. 20 febbraio 1999 n. 1464, *RIDL*, 2000, II, con nota di G. Burrigato, *Patto di prova e relativi oneri formali*; in precedenza, in quest'ultimo senso, T. Milano 31 gennaio 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 791, con nota di B. Granata, *Patto di prova e specifica indicazione per iscritto delle mansioni del lavoratore*. V. inoltre in proposito G. Spolverato, *Assunzione del lavoratore con patto di prova*, *DPL*, 2002, p. 1858 (ivi, pp. 1856-1862, anche una rassegna critica aggiornata della giurisprudenza su tutte le questioni principali in materia di patto di prova).

(59) Cass. 6 dicembre 2001 n. 15432, *FI*, 2002, I, c. 715.

(60) In questo senso v. T. Milano 10 ottobre 1998 n. 10951, a quanto mi consta inedita; P. Milano 28 gennaio 1997, *OGL*, 1997, p. 367; ivi, nella nota redazionale, altri precedenti conformi, anche di Cassazione.

(61) I termini di tre e sei mesi stabiliti dalla legge devono intendersi nel senso dei «mesi di calendario», con la conseguenza di una maggiore durata della prova se il periodo comprende mesi di 31 giorni, e viceversa: v. per tutte in questo senso Cass. 25 luglio 1987 n. 6479, *RIDL*, 1988, II, p. 184; Cass. 3 febbraio 1996 n. 925, cit. nella nota 73. Il contratto può tuttavia stabilire un termine — purché rispettoso del limite massimo — riferito ai soli giorni di lavoro effettivo: Cass. 25 agosto 1999 n. 8859, *RIDL*, 2000, I, p. 500, con nota di G. Martinucci, *Durata del periodo di prova e riposi settimanali*.

(62) Per la tesi drastica — quanto isolata — dell'irrecedibilità prima del termine della prova v. G. Zangari, *Il recesso dal rapporto di lavoro in prova. Studi sul contratto di lavoro con clausola di prova*, Milano, 1970, pp. 91-236. In senso contrario (recedibilità anche prima dell'intero decorso del termine) v. per tutti, in dottrina, P.A. Varesi (M. Roccella), *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, cit. nella nota 55, pp. 45-46, e in giurisprudenza Cass. 25 giugno 1987 n. 5608, *OGL*, 1987, p. 1004.

(63) Nel senso che il recesso intimato per esito negativo della prova ma dopo la scadenza del relativo termine deve qualificarsi come recesso ordinario, con la conseguente applicabilità integrale della relativa disciplina generale, v. Cass. 22 marzo 1994 n. 2728, *RIDL*, 1994, II, p. 753, con nota di L. Calafà, *Una ipotesi di licenziamento intimato sull'erronea supposizione della persistenza attuale del periodo di prova*.

(64) V. per tutte in questo senso Cass. 21 gennaio 1985 n. 233 e 8 febbraio 1985 n. 1017, *FI*, 1985, I, c. 1345. La legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge n. 604/1966, per questo aspetto, è affermata da C. cost. 4 dicembre 2000 n. 541, *DL*, 2001, II, p. 192, con nota di A. Fontana, *La Corte costituzionale interviene ancora sul licenziamento del lavoratore in prova*.

(65) V. per tutte Cass. 12 marzo 1999 n. 2228, *RIDL*, 1999, II, p. 802, con nota di M.P. Monaco, *Patto di prova e schemi civilistici*; Cass. 29 maggio 1999, n. 5290, cit. nella nota 71.

(66) In questo senso, anche per ciò che riguarda l'onere della prova gravante sul lavoratore, v. Cass. 21 gennaio 1985 n. 233, *RIDL*, 1985, II, p. 315, con nota di R. Mancuso, *Note sul recesso del datore di lavoro durante il periodo di prova*; Cass. 12 marzo 1999 n. 2228, cit. nella nota prec. Nel senso della presunzione del carattere discriminatorio del licenziamento della lavoratrice incinta, quando il datore fosse a conoscenza della gravidanza, v. T. Monza 31 ottobre 2001, cit. nella nota 285 al § 403. Nel senso dell'applicabilità, nel caso di illegittimità del licenziamento in costanza di prova, dell'art. 18 St. lav. (§§ 522-523), v. P. Cosenza 17 dicembre 1990, *RIDL*, 1992, II, p. 225, con nota di G. De Simone, *Note a margine di un caso di recesso discriminatorio per ragioni di sesso al termine del periodo di prova*. Nel senso, invece, dell'inapplicabilità in tal caso dell'art. 18 St. lav., conseguendo all'illegittimità del licenziamento soltanto la prosecuzione del rapporto per il periodo residuo di prova o il risarcimento del danno nella misura della corrispondente retribuzione perduta, v. T. Padova 13 aprile 1987, *RIDL*, 1988, II, p. 476, con nota di V.A. Poso, *Le conseguenze del recesso del datore di lavoro per motivo illecito durante il periodo di prova*, e ancora Cass. 12 marzo 1999 n. 2228, cit. nella nota prec. V. inoltre Cass. 17 gennaio 1998 n. 402, *DPL*, 1998, p. 1476, dove — discutibilmente — si riconosce al lavoratore anche la facoltà di dimostrare che il licenziamento sia stato determinato da «motivo estraneo all'esperimento», ancorché non di per sé illegittimo, fornendo ad es. la prova del motivo economico: in tal caso, secondo questa pronuncia, il giudice dovrebbe valutare il licenziamento alla stregua della sua disciplina generale.

(67) In questo senso P.A. Varesi (M. Roccella), *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, cit. nella nota 55, pp. 27-35: ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito.

(68) V. in questo senso ultimamente T. Busto Arsizio 22 gennaio 2002, *D&L*, 2002, p. 345, con nota adesiva di A. Guariso, *Gli esami non finiscono mai: la moltiplicazione delle «prove» nella corsa al posto di lavoro*; ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi.

(69) La svolta giurisprudenziale in questo senso si è determinata con le sentenze delle Sezioni Unite 27 marzo 1979 nn. 1763, 1764, 1765, 1766, risp. in *DL*, 1980, II, p. 113, *FI*, 1979, I, c. 918, *NGL*, 1979, p. 382, *RGL*, 1979, II, p. 474 (ivi, nell'ampia nota redazionale, i riferimenti alla giurisprudenza precedente, prevalentemente in senso contrario). Sull'obbligo per il lavoratore avviato in regime di collocamento obbligatorio di sottoscrivere il patto di prova, quando il contratto collettivo lo preveda, v. Cass. 24 gennaio 1985, *GC*, 1985, I, p. 3119; T. Reggio Emilia 30 ottobre 1987, *RIDL*, 1988, II, p. 649, con nota di V.A. Poso, *Patto di prova, contratto collettivo e assunzioni obbligatorie*. In argomento v. ora S. Guglielmi, *Recesso dalla prova con lavoratore invalido e diritto alla motivazione*, *DL*, 2001, I, pp. 317-333.

(70) V. per tutte sul punto Cass. 4 giugno 1992 n. 6810, *MGL*, 1993, p. 16; Cass. 8 giugno 1998 n. 5639, *NGL*, 1998, p. 406.

(71) La questione è stata recentemente risolta da una sentenza di Cassazione (Cass. 29 maggio 1999, n. 5290, *RIDL*, 2000, II, p. 128, con nota di M.P. Monaco, *Il patto di prova con gli invalidi e i limiti formali al potere di recesso del datore di lavoro: la Cassazione reinterpreta se stessa*) mediante la distinzione tra necessità della motivazione del licenziamento da parte del datore e necessità del controllo del motivo determinante da

parte del giudice: secondo questo orientamento il licenziamento del lavoratore in prova non deve essere motivato neppure quando questi sia stato avviato in regime di collocamento obbligatorio, ma spetta tuttavia al giudice accertare, anche d'ufficio, se il motivo determinante sia o no costituito dalla menomazione. Nello stesso senso sul punto della non necessit  della comunicazione dei motivi contestuale al licenziamento Cass. 30 ottobre 2001 n. 13525, cit. nella nota 58, dove pero` si afferma l'onere della prova a carico del datore di lavoro circa la bont  delle ragioni poste a fondamento del licenziamento: col che viene meno ogni differenza tra la limitazione sostanziale della facolt  di recesso del datore durante il periodo di prova e dopo il termine di esso.

(72) In riferimento alla maternit  della lavoratrice (dove il divieto di licenziamento opera anche in periodi nei quali la prestazione non   sospesa) la questione   stata risolta da C. cost. 31 maggio 1996 n. 172, cit. nella nota 285 al   403: sentenza, questa, non priva di possibili implicazioni teoriche indirette assai notevoli anche in riferimento alla malattia. Ma finora la giurisprudenza ordinaria non sembra averlo rilevato.

(73) V. tra le numerose altre in questo senso Cass. 21 gennaio 1988 n. 461, *RIDL*, 1988, II, p. 948; Cass. 3 febbraio 1996 n. 925, *RIDL*, 1997, II, p. 179, con nota di O. Bonardi, *Durata massima legale del periodo di prova e sospensione per malattia del lavoratore: l'orientamento della Cassazione*. Nel senso della sospensione del decorso del termine della prova durante la sospensione dell'attivit  lavorativa per ferie v. Cass. 24 ottobre 1996 n. 9304, *RIDL*, 1997, II, p. 795, con nota di G. Martinucci, *Sui criteri di computo del periodo di prova: la sospensione per ferie*. In precedenza, nel senso opposto, P. Monza 2 maggio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 123, con nota di F. Bano, *Durata della prova e sospensione dell'attivit  lavorativa per ferie*.

(74) Cass. 12 settembre 1991 n. 9536, *RIDL*, 1992, II, p. 980, con nota di M. Bartesaghi, *Sui criteri di computo del tempo della prova* (ivi ulteriori riferimenti), dove si osserva in proposito che la sospensione e ripresa del decorso del termine della prova potrebbe portare alla violazione del limite massimo dei sei mesi di calendario fissati dalla legge. In senso contrario alla sospensione del decorso del termine della prova durante il periodo di godimento delle ferie da parte del lavoratore v. P. Monza 2 maggio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 123, con nota di F. Bano, *Durata della prova e sospensione dell'attivit  lavorativa per ferie*.

(75) Cass. 21 gennaio 1988 n. 461, *RIDL*, 1988, p. 948. In senso contrario, tra le altre, P. Roma 16 aprile 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 245.

(76) C. cost. 22 dicembre 1980 n. 189, *GC*, 1981, I, p. 679, con nota di G. Pera, *Il lavoro in prova alla Corte costituzionale*; *RGL*, 1981, II, p. 10, con nota di M.L. Loi, *Una nuova decisione della Corte costituzionale sul rapporto di lavoro in prova*; *GI*, 1981, I, c. 486, con nota di M. Miscione, *La Corte costituzionale sul patto di prova*; *MGL*, 1981, p. 257, con nota di S. Saetta, *Orientamenti della Corte costituzionale sul licenziamento in periodo di prova*.

(77) Sulla disciplina legislativa della materia prima della legge del 1962 v. C. Assanti, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, 1958; V. Cassi, *La durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, Milano, 1961.

(78) Cfr. V. Cassi, *op. cit.* nella nota prec., pp. 77-80.

(79) V. in questo senso ultimamente Cass. 19 luglio 2002 n. 10607, per quanto mi consta inedita: «Questa Corte ha ripetutamente ribadito che la forma scritta *ad substantiam* del contratto ... riguarda unicamente il termine e non anche le ragioni giustificatrici di tale contratto (cfr. *ex plurimis*): Cass. 8 luglio 1995 n. 7507; Cass. 28 giugno 1981 n. 3517; Cass. 20 maggio 1981 n. 3313».

(80) Per la bibliografia in tema di contratto a termine, in riferimento all'ordinamento precedente alla riforma del 2001, v. V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, *DLRI*, 2001, pp. 410-415.

(81) V. in proposito M. Tiraboschi, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 45, pp. 41-83: ivi anche informazioni aggiornate sulla disciplina della materia negli altri Paesi europei, sulla quale v. altres  i contributi di M. Biagi, M. Weiss, P. Lorber, V. Marleau, A. Forsyth, T. Hanami e Y. Suwa, in *CLLIR*, 1999, n. 2.

(82) Cfr. L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, *ADL*, 2002, pp. 41-43. Nel senso della non necessit  della riforma del settembre 2001 ai fini dell'ottemperanza alla direttiva comunitaria, v. anche L. de Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, *FI*, 2002, V, pp. 16-17 dell'estratto.

(83) Sulla vicenda politico-sindacale che ha preceduto la riforma v. M. Biagi, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura dello stesso B., cit. nella nota 45, pp. 3-12.

(84) Sul contenuto della riforma v. i primi commenti di S. Centofanti, *Peculiarit  genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, *LG*, 2001, pp. 913-925; M. Papaleoni, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, *RIDL*, 2001, I, pp. 367-398; L. Ruggiero, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva Ce 99/70*, *MGL*, 2001, pp. 1072-1076; G. Ciampolini, *Proroga, scadenza del termine e successione dei contratti*, *MGL*, 2001, pp. 1084-1087; G. Bonati, *Organico aziendale: computo dei lavoratori a termine*, *MGL*, 2001, pp. 1087-1089; F. Basenghi, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, *MGL*, 2001, pp. 1089-1093; G. Suppiej, *La disciplina transitoria dei contratti a termine*, *MGL*, 2001, pp. 1093-1095.

(85) Cfr. G. Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, *RIDL*, 2002, II, p. 18: «Non   da escludere che in futuro il partito della liberalizzazione debba amaramente pentirsi dell'operazione oggi imposta e sostanzialmente sconfitta in linea di principio». V. anche, in proposito, le osservazioni critiche di R. Cosio, *Lavoro a tempo determinato: apposizione del termine*, *DPL*, 2002, pp. 1750-1754.

(86) Cfr. sul punto, tra gli altri, A.M. Perrino, *Contratti a tempo determinato: prime notazioni sul d.leg. 6 settembre 2001 n. 368*, *FI*, 2001, I, c. 3516.

(87) V. in proposito la circolare ministeriale 1  agosto 2002 n. 42, *GU*, 13 agosto 2002 n. 189, contenente «prime indicazioni applicative» sulla nuova normativa: «nella disciplina delineata dal decreto legislativo in commento appare superato l'orientamento volto a riconoscere la legittimit  dell'apposizione del termine soltanto in presenza di un'attivit  meramente temporanea, cos  come, d'altronde, sono superati i caratteri della "eccezzionalit ", "straordinariet " e "imprevedibilit " propri delle precedenti ragioni giustificatrici».

(88) In questo senso, tra i primi commentatori, v. G. Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, cit. nella nota 85; S. Centofanti, *Peculiarit  genetiche e profili modificativi ecc.*, cit. nella nota 84, p. 917; L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, cit. nella nota 82, p. 43; S. Ciucciiovino, nel commentario della nuova legge a cura di G. Santoro Passarelli, *NLCC*, 2002, sub art. 1, pp. 30-39. V. invece una sottolineatura della liberalizzazione della materia portata dalla nuova legge in L. Menghini, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura dello stesso A., Milano, 2002, p. 3 («un passo molto piu` lungo e decisivo, rispetto ai precedenti, verso un'attenuazione dei vincoli che frenano l'uso del lavoro a termine»). Per la tesi dell'insindacabilit  dei motivi indicati dal datore di lavoro all'atto dell'assunzione v. M. Tiraboschi, commento all'art. 1, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 45, partic. pp. 99-106.

(89) Cfr. G. Proia, *Brevi note nelle ragioni che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro*, *ADL*, 2002, pp. 186-192; nello stesso senso la prima pronuncia della Cassazione in riferimento alla nuova legge: sentenza 21 maggio 2002 n. 7468, *GLav*, 2002, p. 12, con nota di M. Papaleoni, *Contratto a tempo determinato e giustificazione del termine*.

(90) Cfr. L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, cit. nella nota 82, pp. 43-44. Nel senso dell'opportunit  di un'interpretazione della nuova legge che valorizzi gli aspetti di continuit  con la disciplina precedente v. L. Angelini, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro*, *LG*, 2002, pp. 611-619.

(91) S. Centofanti, *Peculiarit  genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, cit. nella nota 84: «pur nell'ampio spettro consentito, le nuove ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo si avranno solo quando effettivamente sussista una situazione che consenta di ritenere che per quelle determinate mansioni non vi sar  al termine del periodo previsto una ulteriore possibilit  di utilizzazione, e quindi quando sia configurabile quasi un giustificato motivo oggettivo di licenziamento *in peccore*. Al di fuori di questo, quelle "ragioni" non saranno tali e non avranno l'idoneit  a supportare e giustificare un'assunzione a tempo determinato» (p. 919).

(92) Cfr. sul punto V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit. nella nota 80, pp. 369 e 382-383: «la maggiore incertezza complessiva in

- materia di contratto a termine potrebbe scoraggiare l'utilizzazione di questo tipo di rapporto e, in ogni caso, espone i datori di lavoro a rischi assai superiori rispetto al passato».
- (93) V. in proposito P. Sestito, *Le funzioni del lavoro interinale in Italia: opportunità e peculiarità*, in corso di pubblicazione in *PE*, 2002. Quanto ai contratti a termine v. P. Barbieri, *Il lavoro a termine nella recente esperienza italiana: uno sguardo sociologico e alcune considerazioni in proposito*, cit. nella nota 8.
- (94) Cfr. in proposito le note 207 e 208 al § 350.
- (95) V. in proposito L. de Angelis, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, *D&L*, 2002, pp. 45-53; B. Voltattorni, *La riforma del contratto a termine nel pubblico impiego*, *LPA*, 2002, pp. 365-377.
- (96) V. sul punto L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, cit. nella nota 82, p. 49. V. inoltre V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit. nella nota 80, il quale invita alla «prudenza nel ritenere che, in conformità all'art. 2697 c.c., sia facilmente attribuibile al datore di lavoro l'onere di dimostrare le ragioni previste dall'art. 1 del decreto delegato» (p. 399).
- (97) Sul ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva in questa materia v. G. Santoro Passarelli, nel commentario della nuova legge da lui stesso curato, cit. nella nota 88, p. 28.
- (98) La stessa norma consente alla contrattazione collettiva di aumentare il limite di sette mesi di durata «con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche»: disposizione pleonastica, questa, dal momento che il limite in questione è posto in funzione dell'esenzione da un contingentamento eventuale, che è la contrattazione stessa a introdurre e i cui effetti essa può pertanto insindacabilmente ridurre. Sulla materia delle clausole di contingentamento v. ultimamente C. Romeo, *La questione dei limiti percentuali dei lavoratori da assumere a termine e i casi di esclusione*, *DL*, 2002, I, pp. 199-213.
- (99) Sul punto che si tratti di «fattispecie aggiuntive rispetto a quella generale ... autorizzate dalla legge» direttamente senza necessità di verifica della sussistenza di una giustificazione in concreto, v. V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit. nella nota 80, p. 375.
- (100) Nel senso che il contratto a termine costituisca una forma di assunzione normale nel settore agricolo v. Cass. 10 agosto 1992 n. 8767, *RIDL*, 1992, II, p. 669, con nota di C. Saisi, *Lavoro agricolo e contratto a termine*. In argomento v. anche M. Roccella (P.A. Varesi), *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, cit. nella nota 55, pp. 243-251.
- (101) V. in proposito Cass. 21 maggio 2002 n. 7468, cit. nella nota 89: «Nell'ipotesi di assunzione per un giorno, rientrante in una previsione convenzionale riguardante speciali servizi di durata temporaneamente limitata, non è necessario fornire la prova dell'imprevedibilità, straordinarietà o eccezionalità del servizio, quanto, invece, dell'effettiva utilizzazione del lavoratore per il relativo disbrigo». Su di una fattispecie in tutto analoga v. Cass. 10 luglio 1999 n. 7304, *GI*, 1999, I, 1, c. 1171, con nota di M.L. Bellini, *Brevi riflessioni sulla natura del rapporto di lavoro dei «camerieri saltuari»*. V. però, nel senso della illegittimità della successione continua di contratti giornalieri tra un albergo e una cameriera, nell'ordinamento previgente, pur in presenza di disposizione collettiva che prevedeva la possibilità del contratto a termine per «banchetti o speciali servizi», T. Roma 24 marzo 2000, *RIDL*, 2001, II, p. 320, con nota di S. Bartalotta, *Il contratto a termine «a giornata»*.
- (102) In riferimento al regime previgente si è registrata qualche pronuncia restrittiva circa la possibilità di assunzione a termine dei lavoratori iscritti nella lista di mobilità, che sostanzialmente svuotava di significato la norma contenuta nella legge n. 223/1991: tra le altre P. Monza 9 agosto 1996, *MGL*, 1996, p. 533, con nota di A. Riccardi, *Sulla disciplina del contratto a termine dei lavoratori in mobilità*; P. Milano 26 aprile 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 170, con nota di M. Covi, *Sull'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità*. Nel senso della libertà di assunzione a termine dei lavoratori iscritti alla lista di mobilità v. invece T. Alessandria 2 ottobre 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 300, con nota di L. Calafà, e Cass. 10 luglio 2000 n. 9174, *RIDL*, 2001, II, p. 309, con ampia nota di C. Faleri, *La Corte Suprema interviene in tema di assunzione a termine dei lavoratori in mobilità*.
- (103) Art. 1, lett. f, introdotto nella legge n. 230/1962 dalla legge 25 marzo 1986 n. 84, prima della quale la materia, nel settore della navigazione aerea, era regolata soltanto dall'art. 902 c. nav. e dalla normativa generale del 1962: v. in proposito Cass. 4 febbraio 1992 n. 1158, *RIDL*, 1993, II, p. 206, con nota di C. Corsinovi, *Sui requisiti di legittimità del contratto di lavoro a termine a norma dell'art. 902 c. nav.* (ivi i riferimenti a giurisprudenza e dottrina precedenti). In dottrina sul punto v. L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, 1996, pp. 325-331.
- (104) Esprimono qualche perplessità su questa commistione della tecnica normativa casistica con quella della clausola generale adottata nell'art. 1 anche M. Papaleoni, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, cit. nella nota 84, p. 378, e A. Russo, commento all'art. 2, ne *Il nuovo lavoro a termine* a cura di M. Biagi, cit. nella nota 45, p. 112.
- (105) V. in proposito A. Russo, *op. cit.* nella nota prec., pp. 111-117; M. Marazza, nel commentario della nuova legge a cura di G. Santoro Passarelli, cit. nella nota 88, pp. 50-55; R. Cosio, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, cit. nella stessa nota, pp. 77-81.
- (106) Cfr. sul punto L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, cit. nella nota 103, p. 318. Ivi, nelle pagine seguenti, l'argomentazione a sostegno della tesi di un marcato *favor* nei confronti del contratto a tempo indeterminato, ravvisabile nella disciplina del contratto a termine dettata dal codice della navigazione.
- (107) Sulla legittimità costituzionale della disciplina speciale del contratto a termine contenuta nel codice della navigazione v. C. cost. 10 marzo 1994 n. 80, *RIDL*, 1995, II, p. 10, con nota di M. Martinelli, *Uno «stop» sulla via della riforma del lavoro nautico: il caso del contratto a termine*; sull'intervento della Corte costituzionale v. anche l'ampio commento di L. Menghini, *op. cit.* nella nota 103, pp. 331-346. Sulla disciplina della successione di contratti a termine nel settore marittimo v. nota 124.
- (108) Su questo e gli ulteriori divieti posti dall'art. 3, v. G. Rigano, nel commentario a cura di G. Santoro Passarelli, cit. nella nota 88, pp. 56-61; M. Miscione, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, cit. nella stessa nota, pp. 84-106.
- (109) Il requisito della forma scritta deve considerarsi posto per la validità dell'apposizione del termine (e non soltanto *ad probationem* o a fini amministrativi) anche nel nuovo regime: v. per tutti in questo senso M. Tiraboschi, *op. cit.* nella nota 88, p. 109.
- (110) Per la tesi secondo cui il mancato rispetto del termine di consegna non inficia la validità del contratto, ne' del termine che sia stato effettivamente e legittimamente stipulato all'origine tra le parti, v. L. de Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, cit. nella nota 82, § 3.
- (111) F. Lunardon (*La riforma del contratto a termine*, ne *L'informazione dell'Unione industriale*, Torino, 2001, p. 61) parla a questo proposito di «innovazione apparente», «risultato della giuridificazione ... di orientamenti giurisprudenziali consolidati nel tempo». V. anche il commento della stessa A. ai commi 2°, 3° e 4° dell'art. 1, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, cit. nella nota 88, pp. 67-75.
- (112) In questo senso S. Centofanti, *Peculiarità genetiche ecc.*, cit. nella nota 84, p. 921.
- (113) Nel senso che «la formazione dell'atto scritto ... deve essere anteriore o contestuale all'inizio del lavoro» v. A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, p. 22. Nel senso, invece, che «il requisito formale non deve ... più essere contestuale o antecedente alla stipulazione del contratto, a differenza di quanto richiesto dalla giurisprudenza in vigenza della Legge 18 aprile 1962 n. 230», v. M. Tiraboschi, *op. cit.* nella nota 88, p. 110.
- (114) Cass. 1° ottobre 1997 n. 9594, *RIDL*, 1998, II, p. 248, con nota di L. Nogler, *Sulla ratifica del contratto a termine concluso dal falsus procurator*.
- (115) V. in proposito Cass. 21 maggio 2002 n. 7468, cit. nella nota 89.
- (116) In riferimento al regime previgente, Cass. 17 novembre 1987 n. 8420, *RIDL*, 1988, II, p. 580, con nota di A. Vallebona.
- (117) R. Salomone, commento all'art. 4, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 45, pp. 152-153; M.G. Mattarolo, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, cit. nella nota 88, p. 111.
- (118) Cfr. sul punto V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit. nella nota 80, p. 402. In giurisprudenza, in riferimento alla disciplina legislativa previgente, Cass. 9 agosto 1996 n. 7385, *GI*, 1997, I, 1, c. 610.
- (119) V. in questo senso L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, cit. nella nota 82, p. 50.

- (120) M. Roccella (P.A. Varesi), *op. cit.* nella nota 55, pp. 188-203.
- (121) In questo senso v. S. Bellomo, nel commentario della nuova legge a cura di G. Santoro Passarelli, cit. nella nota 88, p. 67.
- (122) Cass. 5 ottobre 1998 n. 9889, *RIDL*, 1999, II, p. 796, con nota di L. Calafà, *Sostituzione di lavoratore assente e contratto a termine: due casi speculari in Cassazione*.
- (123) Cass. 28 novembre 1991 n. 12741, *RIDL*, 1992, II, p. 985, con nota di C. Corsinovi, *Sulla prorogabilità del contratto di lavoro a termine con il dirigente d'azienda*.
- (124) Nel settore del lavoro marittimo l'art. 326 c. nav. dispone che quando una successione di contratti a termine produca il protrarsi della prestazione per un periodo ininterrotto superiore a un anno, il rapporto si considera costituito a tempo indeterminato fin dall'inizio.
- (125) Cass. 28 ottobre 1999 n. 12120, *RIDL*, 2000, II, p. 505, con nota di S. Brun, *Sulla reiterazione di contratti a termine in violazione di legge*, in riferimento al caso di un operaio che per diciotto anni aveva prestato servizio per dieci mesi all'anno in uno stabilimento termale: la massima, riferita all'ordinamento previgente, deve ritenersi applicabile anche a quello fondato sul d.lgs. n. 368/2001.
- (126) V. in questo senso, oltre alle sentenze cit. nella nota 134, P. Roma 20 luglio 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 806, con nota di A. Carluccio, *Successione di contratti a termine illegittimi e suoi effetti sul piano retributivo*.
- (127) V. in questo senso già Cass. 20 marzo 1974 n. 765, mass. in *RGL*, 1974, II, p. 852; Cass. 28 ottobre 1981 n. 5669, *RIDL*, 1982, II, p. 94 (ivi, nella nota redazionale, ulteriori riferimenti). Dissente da questo orientamento, ritenendo che «l'applicabilità alla fattispecie del recesso *ante tempus* della disciplina speciale in materia di licenziamenti potrebbe essere affermata in via interpretativa» M. Roccella (P.A. Varesi), *op. cit.* nella nota 55, p. 216.
- (128) V. per tutte in questo senso Cass. 10 novembre 1998 n. 11335 (in riferimento alla sospensione per servizio militare), *RIDL*, 1999, II, p. 629, con nota di C. Faleri, *Contratto a termine e servizio militare*, dove si sottolinea, però, come questa regola non si applichi ai contratti di formazione e lavoro.
- (129) In questo senso S. Centofanti, *Peculiarità genetica ecc.*, cit. nella nota 84, p. 917.
- (130) Cfr. P. Lambertucci, nel commentario della nuova legge a cura di G. Santoro Passarelli, cit. nella nota 88, *sub art.* 5, pp. 76-77.
- (131) V. in questo senso, oltre agli autori cit. nelle due note precedenti, L. de Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, cit. nella nota 82; Id., *Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti*, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, cit. nella nota 88, pp. 124-125.
- (132) In senso contrario, su questo punto, v. V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit. nella nota 80, pp. 403-415, il quale ritiene sempre applicabile, sia nel caso di difetto di giustificazione sia nel caso del difetto di forma, la trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato, in applicazione della regola di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c.
- (133) In giurisprudenza, nel senso dell'applicabilità dell'apparato sanzionatorio *ex art.* 18, Cass. 28 dicembre 1991 n. 13977, *RIDL*, 1992, II, p. 989, con nota di A. Padalino, *Effetti della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro* (ivi i riferimenti giurisprudenziali precedenti); Cass. 15 dicembre 1997 n. 12665, *RIDL*, 1998, II, p. 546, con nota di P. Albi, *Sull'estensione della tutela reintegratoria al contratto a termine illegittimo convertito ex lege a tempo indeterminato*. Nel senso opposto e orientata, nell'ultimo decennio, la giurisprudenza prevalente: v. per tutte Cass. 26 ottobre 1991 n. 11446, *RIDL*, 1992, II, p. 994, con nota di A. Rosiello; Cass. 11 aprile 1996 n. 3368, cit. nella nota seg.; Cass. 8 maggio 2000 n. 5821, *RIDL*, 2001, II, p. 73, con nota di G. Ferraro, *Estinzione di contratto a termine orale e licenziamento*; Cass. 20 novembre 2001 n. 14596, *NGL*, 2002, p. 185; Cass. 8 ottobre 2002 n. 14381, *GLav*, 2002, n. 43, p. 12, con nota di M. Papaleoni, *Escluso l'obbligo di reintegra ex articolo 18 Statuto dei lavoratori*.
- (134) V. in questo senso, fra le numerose altre, Cass. 11 aprile 1996 n. 3368 (in riferimento a un contratto di formazione e lavoro), *RIDL*, 1997, II, p. 167, con nota di F. Bano, *Conversione di rapporto a termine e lettera di disdetta: quali conseguenze?*; Cass. 17 ottobre 2001 n. 12697, *FI*, 2001, I, c. 3515, con nota di A.M. Perrino; Cass. 11 dicembre 2001 n. 15628, *NGL*, 2002, p. 190; Cass. 15 novembre 2002 n. 16140, inedita alla data di pubblicazione di questo libro.
- (135) V. ancora S. Centofanti, *Peculiarità genetica ecc.*, cit. nella nota 84, secondo il quale la conversione «dovrà essere dichiarata *ex tunc*, in quanto, anche se non esplicitamente previsto, si ricava da tutto il sistema normativo (ed anche dalle norme dell'art. 5, commi 3 e 4 del decreto, applicabili analogicamente) che il venire meno del requisito sostanziale comporta la nullità della clausola a termine e quindi la normale produzione di effetti del contratto di lavoro residuo, e perciò a tempo indeterminato» (p. 919).
- (136) Per una rassegna critica di dottrina e giurisprudenza sull'istituto del preavviso v. P. Tullini, *Il preavviso*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 187-196.
- (137) Cass. 20 marzo 2000 n. 3271, cit. nella nota 145.
- (138) V. soprattutto F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, partic. pp. 320-336; G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 21, pp. 49-52; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1992, p. 480; U. Romagnoli (G. Ghezzi), *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995<sup>3</sup>, pp. 329-331; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1996, p. 254; F. Carinci, R. De Luca, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998<sup>4</sup>, p. 430. In precedenza in senso contrario, cioè nel senso dell'obbligazione alternativa, a carico del datore di lavoro, di consentire la prosecuzione del rapporto fino al termine o pagare l'indennità sostitutiva, G. Ardaù, *Manuale di diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 1972, pp. 1219-1230; e successivamente A. Montemarano, *Indennità sostitutiva del preavviso e cessazione degli effetti contrattuali*, *DL*, 1983, I, pp. 26-27.
- (139) Nel senso della c.d. efficacia reale del preavviso v. Cass. 21 novembre 2001 n. 14646, *DPL*, 2002, p. 1156; in precedenza Cass. 21 luglio 1984 n. 4301, *NGL*, 1984, p. 601; Cass. 28 aprile 1990 n. 3567, *DPL*, 1990, p. 38; T. Roma 4 dicembre 1999 (*RGL*, 2001, II, p. 77, con nota di G. Leotta, *Preavviso lavorato e recesso unilaterale*): «la sostituibilità del periodo di preavviso con l'indennità a esso corrispondente non rientra nella unilaterale disponibilità della parte recedente (nel caso di specie la datrice di lavoro) essendo necessario il consenso del destinatario del recesso ... Ne' tantomeno il datore di lavoro, pur continuando a erogare la retribuzione per l'intero, potrà rifiutare la concreta prestazione lavorativa perché ciò comporterebbe la violazione del principio di tutela della dignità del lavoratore ...». In senso contrario — cioè nel senso della natura meramente obbligatoria del preavviso, con conseguente efficacia immediata del licenziamento, nonostante l'indebita omissione della comunicazione anticipata — v. T. Napoli 26 luglio 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 573, con nota di M. Covi, *Sull'efficacia reale od obbligatoria del preavviso*.
- (140) V. tra gli altri in questo senso U. Romagnoli (G. Ghezzi), *Il rapporto di lavoro*, loc. cit. nella nota 138; F. Carinci, R. De Luca, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, loc. cit. nella stessa nota: «La mera sostituzione del preavviso con l'indennità non è ... idonea a produrre l'anticipata risoluzione del rapporto, il quale — pur in assenza di prestazione — resta giuridicamente attivo fino al termine del periodo di preavviso. Qualunque vicenda si verifichi durante tale periodo, anche se non lavorato, produce i propri effetti caratteristici»; v. inoltre i riferimenti contenuti nelle due note seguenti. In senso contrario G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, loc. cit. nella nota 138. In giurisprudenza, nel senso della sospensione inderogabile dell'effetto risolutivo, anche quando la causa di sospensione della prestazione sia sopravvenuta in data successiva a quella della comunicazione del recesso con preavviso, Cass. 24 febbraio 1984 n. 1329, *NGL*, 1984, p. 281; Cass. 6 agosto 1987 n. 6763, *MGL*, 1988, p. 86; Cass. 22 luglio 1992 n. 8823, *NGL*, 1992, p. 845; Cass. 5 aprile 2000 n. 4221, cit. nella nota seg.
- (141) Cass. 5 aprile 2000 n. 4221, *RIDL*, 2001, II, p. 118, con nota di F.M. Putaturo Donati, *Sulla natura del preavviso e sulla prosecuzione del rapporto di lavoro (per il dirigente) in età pensionabile*.
- (142) In questo senso v. Cass. 2 febbraio 1999 n. 874, *DPL*, 1999, p. 2011: «Il licenziamento, quale negozio unilaterale recettizio, è assoggettato alla norma dell'art. 1334 c.c. e pertanto produce effetto nel momento in cui il lavoratore riceve l'intimazione da parte del datore di lavoro, con la conseguenza che la verifica e le condizioni che legittimano l'esercizio del potere di recesso deve essere compiuta con riferimento al momento in cui detto negozio unilaterale si è perfezionato e non già con riguardo, ove il licenziamento sia stato intimato con preavviso, al successivo momento della scadenza del preavviso stesso. Ne deriva, in base al principio *tempus regit actum*, l'irrelevanza di norme disciplinanti la materia in modo innovativo,

entrata in vigore dopo il suddetto momento di perfezionamento, durante il periodo di preavviso».

(143) Cass. 7 settembre 1981 n. 5054, *MGL*, 1982, p. 47, in riferimento al contratto collettivo per le aziende di credito.

(144) Cfr. U. Romagnoli (G. Ghezzi), *Il rapporto di lavoro*, cit., nella nota 138, il quale osserva che «fin dall'epoca della codificazione, l'indennità aveva imboccato la strada della sua convertibilità in un arrotondamento economico delle spettanze del lavoratore allorché il rapporto si estingue; punto e basta. Una strada che la legislazione successiva l'avrebbe aiutata a percorrere a ritmo sostenuto. Oggi, infatti, l'indennità è dovuta anche in caso di licenziamento giustificato e perfino in taluni casi di dimissioni volontarie» (p. 330). Sul versante della scienza economica, è diffusa la considerazione dell'onere del preavviso come un puro e semplice *firing cost* aggiuntivo rispetto all'indennizzo solitamente conminato per il licenziamento ingiustificato: v. ad es. C. Pita, *Breach Penalties in Labour Contracts: Advance Notice and Severance Pay*, *Labour*, 1997, pp. 469-495.

(145) Cass. 20 marzo 2000 n. 3271, *RIDL*, 2001, II, p. 139, con nota di M. Borzaga, *Indennità di preavviso e licenziamento collettivo*. In precedenza, nello stesso senso, P. Livorno 2 agosto 1993, cit. nella nota 147.

(146) Cass. 30 luglio 1987 n. 6619, *RIDL*, 1988, II, p. 269.

(147) P. Livorno 2 agosto 1993, *RIDL*, 1994, II, p. 574, con nota di R. Del Punta.

(148) Cass. 4 dicembre 1990 n. 11637, *RIDL*, 1991, II, p. 685, con nota di A. Avio, *Il cumulo tra l'indennità di preavviso e le prestazioni della Cigs*.

(149) Cass. 16 luglio 1983 n. 4915, mass. V. però, nel senso della sovrapponibilità delle ferie al periodo di preavviso in un caso di licenziamento per superamento del periodo di comporta di malattia, Cass. 30 agosto 1983 n. 5504, mass.

(150) Così M. Meucci, *Questioni vecchie e nuove in tema di ferie annuali* (nota a Cass. 12 marzo 1980 n. 1648), *MGL*, 1981, p. 584.

(151) Cfr. Cass. 21 novembre 2001 n. 14646, *NGL*, 2002, p. 198: «Dal principio secondo cui al preavviso è da attribuirsi efficacia reale, sicché durante il suo decorso proseguono gli effetti del rapporto, si desume che il lavoratore ha diritto di godere delle ferie anche durante il preavviso e che lo stesso periodo di preavviso se lavorato comporta la maturazione del diritto al numero proporzionalmente correlato di giorni di ferie, sicché lo spostamento del termine finale del preavviso avviene *ope legis*».

(152) In questo senso v. P. Roma 12 luglio 1966, *RIDL*, 1997, II, p. 344, con nota di M. Cattani, *Sulle ferie trascorse durante il periodo di preavviso, sul consenso o no del lavoratore e sulla ripartizione dell'onere della prova*.

(153) V. nota 299 al § 524.

(154) Con ciò la legge ha di fatto attribuito a tutti i lavoratori in attività al momento della sua entrata in vigore un beneficio *una tantum*, un credito destinato a essere comunque riscosso alla fine del rapporto: un beneficio di cui hanno goduto soltanto i lavoratori in attività in quel momento, poiché è ovvio che da quel momento in poi i trattamenti abbiano preso a essere determinati, in sede di contrattazione collettiva e individuale, tenendosi conto del nuovo elemento di retribuzione differita istituito inderogabilmente dal legislatore.

(155) Accordo interconfederale 29 aprile 1965, stipulato da Cgil, Cisl e Uil con la Confindustria. Le stesse confederazioni avevano convenuto fin dal 1947 circa la necessità di una regolamentazione dei licenziamenti (acc. interconf. 7 agosto 1947 per la costituzione delle commissioni interne, art. 3, lett. a e b) e vi avevano provveduto in un primo tempo con l'accordo interconfederale 18 ottobre 1950, recepito in decreto delegato, a norma della legge 14 luglio 1959 n. 741, con il d.P.R. 14 luglio 1960 n. 1011.

(156) Ocse, *Protection de l'emploi et performance du marche du travail*, cit. nella nota 7.

(157) V. in proposito la rassegna di dottrina e giurisprudenza di L. Corazza, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 349-354.

(158) Un caso di questo genere, accaduto in una piccola salumeria, è stato invece risolto, all'indomani dell'emanazione dello Statuto dei lavoratori, nel senso della illegittimità del licenziamento del lavoratore adultero da una sentenza che fece scalpore e che è poi rimasta nel lessico giuslavoristico come la «sentenza delle corna»: P. Milano 25 gennaio 1971, *FI*, 1971, I, c. 2072. Il giudice ha qui riconosciuto che «una "offesa" come quella subita [dal datore di lavoro] è comunemente considerata, dalla media dei membri della comunità, come una offesa di rilevante gravità, alla quale la risposta del licenziamento in tronco potrebbe sembrare una reazione sin troppo blanda»; e che «il lavoro, in una azienda a carattere familiare, non poteva non risentire dell'atmosfera alquanto tesa prodottasi fra datore e prestatore; ma il giudice ha osservato altresì che «anche in Italia esistono delle sacche di arretratezza culturale rispetto ai rapporti fra i due sessi, nel cui ambito, ad esempio, è prosperato e prospera il c.d. "delitto d'onore". Cionostante, ormai, nessuno più sostiene che il diritto debba inchinarsi di fronte a queste forme arcaiche di risoluzione di problemi relativi a rapporti interpersonali, delle quali concordemente si auspica il superamento»; quanto alla tensione nel luogo di lavoro, «essa sembra al giudicante priva di ogni rilevanza come possibile giusta causa di licenziamento dell'attore, non potendo in alcun modo ritenersi conforme a diritto che una situazione di tensione determinatasi all'interno del luogo di lavoro debba in ogni caso risolversi con il sacrificio dell'interesse del contraente più debole (prestatore di lavoro nella specie)» (p. 2074: doveva dunque... «dimettersi dalla salumeria il datore di lavoro?». Va tuttavia osservato che nel caso specifico la controversia verteva soltanto sulle conseguenze economiche del licenziamento e non sulla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

(159) Cfr. Cass. 25 novembre 1980 n. 6259, *FI*, 1982, I, c. 157 (anche in *MGL*, 1981, p. 332, ma con altra massima): «Una volta accertata la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, rettificamente il giudice di merito ritiene superfluo l'esame della domanda tendente alla declaratoria di nullità del licenziamento perché adottato a fini discriminatori»; nel caso specifico, il giudice di merito aveva ritenuto il licenziamento giustificato obiettivamente da una sopravvenuta rilevante riduzione della capacità lavorativa del prestatore. In senso contrario v. però, in dottrina, in riferimento al trasferimento discriminatorio, L. Montuschi (G. Ghezzi, F. Mancini, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18, Comm SB*, 1981<sup>2</sup>, sub artt. 15-16, pp. 53-54; e, in riferimento al licenziamento discriminatorio, O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 601.

(160) L'art. 10 della convenzione internazionale n. 158/1982 prevede che «Se gli organismi menzionati nell'articolo 8 [organi giurisdizionali o arbitrali] della presente convenzione arrivano alla conclusione che il licenziamento è ingiustificato e se, tenuto conto della legislazione e delle prassi nazionali, essi non hanno il potere, o non ritengono possibile nella circostanza, di annullare il licenziamento e/o di ordinare o di proporre la reintegrazione del lavoratore, dovranno essere abilitati a ordinare il versamento di un'indennità adeguata oppure ogni altra forma di riparazione da considerarsi appropriata».

(161) «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Sull'*iter* attraverso il quale si è pervenuti alla formazione e alla proclamazione della *Carta* (la quale, tuttavia, in attesa di essere recepita nella nuova Costituzione dell'Unione, non può ancora considerarsi dotata di effetto giuridico vincolante) v. M. Biagi, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *RIDL*, 2001, III, p. 3.

(162) Per una ampia panoramica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di giustificazione sostanziale del licenziamento v. P. Tullini e F. Lunardon, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 197-240.

(163) Sulla natura della perdita a cui faccio qui riferimento v. anche *infra*, sub a, l ed m.

(164) V. ad es. G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 21: «Non v'è dubbio ... che, secondo buon senso, il rapporto di lavoro non ha più ragion d'essere allorché per le più varie ragioni il lavoratore non si riveli più di alcuna apprezzabile utilità» (p. 89).

(165) V. fra queste, oltre alle sentenze citate nelle due note che seguono, Cass. 3 novembre 1992 n. 11909, *NGL*, 1993, p. 90; Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, *NGL*, 1995, p. 87; Cass. 12 giugno 1995 n. 6621, mass., dove si afferma che non è rilevante «la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale, poiché, accertata l'esigenza della contrazione dei costi, ogni risparmio si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificato».

(166) A questa affermazione sembrano avvicinarsi, ancorché con formulazione imprecisa, le numerose sentenze nelle quali si sostiene che la perdita attesa non deve essere soltanto contingente, ma «tendenzialmente permanente»: v. in questo senso, tra le altre, Cass. 18 aprile 1991 n. 4164, *NGL*, 1991, p. 488; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, *DL*, 2000, II, p. 31. In questa linea si colloca anche T. Milano 15 marzo 1997, *OGI*, 1997, p. 162, secondo il quale la perdita attesa deve essere «influyente in modo decisivo» sui normali equilibri aziendali.

(167) Cfr., ad es., Cass. 30 maggio 2001 n. 7376, *NGL*, 2001, p. 624, dove è stata confermata la sentenza che aveva ritenuto irrilevante l'andamento economico dei singoli rapporti, attribuendo invece rilievo all'andamento economico aziendale complessivo. Un errore logico ulteriore ravvisabile in queste sentenze consiste nel fare riferimento a un bilancio consuntivo, mentre il ragionamento non può che essere riferito a un bilancio preventivo, cioè a quanto l'imprenditore può attendersi di complessivamente vantaggioso o svantaggioso dalla prosecuzione del singolo rapporto (v. *supra*, sub a). Ancor più irrazionalmente, in alcune sentenze si attribuisce rilievo decisivo al calo del fatturato aziendale: T. Milano 16 giugno 1999, *OGL*, 1999, p. 454.

(168) V. fra queste Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, cit. nella nota 165; T. Milano 15 marzo 1997, *OGL*, 1997, p. 162; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, *DL*, 2000, II, p. 31.

(169) Sulla nozione di costo-opportunità v. R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, Reading Mass., 1997<sup>2</sup>, p. 28.

(170) V. in questo senso, tra le più recenti, Cass. 29 marzo 1999 n. 3030, *OGL*, 1999, p. 449, e *NGL*, 1999, p. 434; Cass. 17 marzo 2001 n. 3899, *LG*, 2001, p. 786, e *OGL*, 2001, p. 374; Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, *OGL*, 2002, p. 126 (questa in riferimento alla scelta condominiale di soppressione del servizio di portierato). In proposito ricorre frequentemente in giurisprudenza la precisazione secondo cui la legittima soppressione del posto sussiste anche quando le mansioni svolte in precedenza dal lavoratore vengono redistribuite fra altri lavoratori già da tempo alle dipendenze dell'impresa: v. Cass. 14 giugno 2000 n. 8135, *NGL*, 2000, p. 747; Cass. 23 ottobre 2001 n. 13021, *GLav*, 2001, n. 45, p. 51; Cass. 20 dicembre 2001 n. 16106, *NGL*, 2002, p. 356, e *GLav*, 2002, n. 5, p. 21 (ma in senso contrario — cioè nel senso dell'illegittimità del licenziamento in un caso di redistribuzione delle mansioni tra i lavoratori non licenziati — v. in precedenza Cass. 24 giugno 1995 n. 7199, *D&L*, 1996, p. 496, con nota di S. Muggia, *Brevi osservazioni sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, e Cass. 22 giugno 2000 n. 8515, *NGL*, 2000, p. 747). Per la giurisprudenza di merito, sul punto della legittimità del licenziamento per soppressione del posto e illegittimità del licenziamento per sostituzione del lavoratore, v. P. Milano, sez. Cassano d'Adda, 8 gennaio 1996, *D&L*, 1996, p. 776: «Mentre è consentito all'imprenditore procedere al licenziamento individuale o collettivo per dichiarata necessità di sopprimere posti di lavoro in esubero, non è per contro legittima la decisione di espellere lavoratori in base alla semplice determinazione di sostituirli con altri addetti meno qualificati o meno costosi per l'azienda»; qualifica il motivo addotto come «pretestuoso», in un caso di questo genere, T. Bari 9 marzo 2000, *LPO*, 2000, p. 1466. L'ostilità dei giudici del lavoro nei confronti del licenziamento finalizzato alla sostituzione del lavoratore con un altro si esprime sovente con grande evidenza anche in sentenze nelle quali la regola del divieto di licenziamento sostitutivo non viene esplicitamente enunciata: v. ad esempio Cass. 30 gennaio 1998 n. 938, cit. nella nota 193. V. infine le sentenze citt. nelle tre note segg.

(171) V. in questo senso ultimamente Cass. 17 marzo 2001 n. 3899, *LPO*, 2001, p. 1415, in riferimento alla sostituzione di un lavoratore anziano con un apprendista.

(172) V. in questo senso Cass. 30 marzo 1994 n. 3128, *RIDL*, 1995, II, p. 173, con nota di G. Bolego, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore*, in riferimento a un caso di sostituzione di venditori dipendenti con agenti di commercio. In un altro caso è stato ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore per «soppressione del posto» con assunzione in proprio delle mansioni del lavoratore stesso da parte dell'imprenditore: Cass. 6 aprile 1999 n. 3312, *RIDL*, 2000, II, p. 136, con nota di G. Zilio Grandi, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e assunzione diretta delle mansioni da parte del datore di lavoro*.

(173) È emblematico, a questo proposito, il caso della *Videocolor* francese (ora *Thompson Tubes & Displays*), che aveva chiuso il proprio stabilimento di Lione per spostare la produzione a Belo Horizonte in Brasile. La Corte d'Appello di Lione ha dichiarato illegittimi i licenziamenti, considerandoli come motivati dalla sostituzione dei lavoratori francesi con quelli brasiliani; la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza della Corte d'Appello (sent. 5 aprile 1995, *DRI*, 1996, p. 153, con nota di J.-C. Javillier, *Recenti orientamenti della Cassazione francese in tema di licenziamento per motivi economici*), considerando che nel caso specifico «lo stabilimento ... è stato effettivamente chiuso e ... l'attività produttiva è stata trasferita in altri stabilimenti — nella fattispecie all'estero — in un contesto differente, provocando un'effettiva soppressione dei posti di lavoro» (c.m.). In proposito v. anche C. Spinelli, *Il licenziamento per motivi economici in Francia: profili legislativi e giurisprudenziali*, *DRI*, 1996, pp. 121-144.

(174) V. fra le molte in questo senso Cass. 19 luglio 1993 n. 6814, *MGL*, 1993, p. 464; Cass. 4 settembre 1997 n. 8505, *DL*, 1998, II, p. 178, con nota di G. Della Rocca, *Oneri probatori nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 13 ottobre 1997 n. 9967, *RIDL*, 1998, II, p. 327, con nota di A. Pizzoferrato, *Licenziamento per soppressione del posto di lavoro e impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre mansioni equivalenti*; Cass. 20 novembre 2001 n. 14592, *NGL*, 2002, p. 220, e *RGL*, 2002, II, p. 452, con nota di F. Milli, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*; Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, *MGL*, 2002, p. 268, con nota di G. Gramiccia, *Criteri di scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo*. Analogo orientamento si registra nella giurisprudenza francese: v. ultimamente A. Limoges 13 dicembre 2000, *DO*, 2002, n. 1, p. 28 (dove il giudice si è spinto a ritenere l'obbligo di *repêchage* applicabile anche alla società controllante, con conseguente annullamento del licenziamento intimato a una lavoratrice dalla società controllata). In dottrina, a favore dell'obbligo di *repêchage*, v. soprattutto M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 313-315. In senso parzialmente contrario v. però Cass. 9 maggio 2002 n. 6667, *GLav*, 2002, n. 28, p. 27: «Nel caso di licenziamento individuale plurimo per soppressione di un reparto aziendale, l'unico obbligo cui è tenuto il datore di lavoro nella scelta dei lavoratori da licenziare è quello generico di correttezza e buona fede, il cui contenuto va tuttavia individuato utilizzando quali parametri i criteri di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991. Non sussiste dunque alcun obbligo di c.d. *repêchage*, riguardando quest'ultimo le sole ipotesi in cui il recesso dipenda dalla sopravvenuta incompatibilità tra la professionalità del lavoratore e la posizione lavorativa contrattuale e non anche quella in cui il recesso sia effetto della scelta, riservata esclusivamente al datore, di determinare ... la giusta dimensione della sua azienda in relazione alle esigenze di mercato».

(175) Dopo un lungo periodo durante il quale la Corte di Cassazione aveva negato l'obbligo del *repêchage* nel caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore (v. tra le altre in questo senso Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, *RIDL*, 1997, II, p. 612, con ampia nota critica di P. Campanella, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore*), le Sezioni Unite, con la sentenza 7 agosto 1998 n. 7755 (*RIDL*, 1999, II, p. 170, con nota di G. Pera, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*) hanno sposato la tesi contraria, nel senso della sussistenza dell'obbligo del *repêchage* anche in questo caso; la stessa tesi in precedenza era parsa prevalere nella giurisprudenza di merito (v. tra le altre P. Milano 15 ottobre 1997, *L80*, 1988, p. 255; P. Roma 20 novembre 1989, *DPL*, 1990, p. 650; T. Milano 11 dicembre 1992, *D&L*, 1993, p. 677).

(176) Oltre alle sentenze citt. nelle note al § 279, per la tesi secondo la quale lo «scarso rendimento» non può costituire giustificato motivo oggettivo, essendo sempre necessario che esso consista in realtà in uno «scarso impegno» del lavoratore, v. Cass. 23 febbraio 1996 n. 1421 (*LG*, 1997, p. 294, e *D&L*, 1996, p. 1019, con nota di S. Muggia, *Brevi note sul licenziamento per scarso rendimento*), dove si argomenta in proposito che «il rapporto di lavoro deve considerarsi un'obbligazione di *facere* e non di *risultato*»; esattamente nello stesso senso Cass. 19 agosto 2000 n. 11001, *OGL*, 2000, p. 752, e *DL*, 2001, II, p. 200.

(177) V. in questo senso Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, cit. nella nota 174, dove la regola della correttezza nella scelta del lavoratore da licenziare viene indicata come sostanzialmente coincidente con quella del c.d. *repêchage*; Cass. 9 maggio 2002 n. 6667, cit. nella stessa nota. In dottrina v. in proposito soprattutto M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella stessa nota, pp. 319-329.

(178) Cass. 21 dicembre 2001 n. 16144, *NGL*, 2002, p. 352.

(179) Cfr. la relazione introduttiva al convegno fiorentino dell'Aidlass del 1968 di G. Pera, (*I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, nel volume recante lo stesso titolo, Milano, 1969), tesi riproposta dallo stesso A. in un altro convegno fiorentino di quattro anni successivo: v. G. Pera, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nella motivazione dei licenziamenti, ne I licenziamenti collettivi per riduzione del personale*, Milano, 1973, pp. 23-24.

(180) V. in proposito § 541 e ivi note 411 e 412.

(181) V. per tutte Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, cit. nella nota 175. Per un caso in cui, invece, è stata riconosciuta una sorta di «continuità» tra la



tutela del lavoratore malato e quella del lavoratore colpito da impossibilit  sopravvenuta di svolgimento delle mansioni, v. Cass. 21 gennaio 2002 n. 572, *D&L*, 2002, p. 426, con nota di R. Muggia, *Licenziamento per comporto e impossibilit  della prestazione*.

(182) Nel senso dell'equiparazione della scadenza del permesso di soggiorno alle altre cause di impossibilit  sopravvenuta della prestazione, anche ai fini del possibile giustificato motivo di licenziamento, v. recentemente Cass. 11 luglio 2001 n. 9407, *MGL*, 2001, p. 842, con nota di R. Giovagnoli, *Gli effetti sul rapporto della scadenza del permesso di soggiorno*; *RIDL*, 2002, II, p. 762, con nota di L. Venditti, *Lavoro degli extracomunitari e scadenza del permesso di soggiorno*.

(183) Cass. 11 gennaio 1995 n. 266, *RIDL*, 1995, II, p. 667, con nota di M. Vasarri, *Ancora in tema di custodia cautelare del lavoratore*; Cass. 14 dicembre 1999 n. 14065, *FI*, 2000, I, c. 51; Cass. 17 giugno 1997 n. 5416, *DPL*, 1997, p. 2703, dove peraltro si afferma che per la giustificazione del licenziamento non   necessario che l'impossibilit  sopravvenuta investa l'attivit  lavorativa del dipendente in modo totale.

(184) Questo   il solo significato che puo' attribuirsi alla massima ricorrente secondo la quale, nel caso di impossibilit  temporanea sopravvenuta *per factum principis*, grava sul datore di lavoro l'onere della prova «circa la necessit  tecnico-organizzativa del recesso» (cosi', tra le altre, Cass. 21 luglio 2000 n. 9620, *RIDL*, 2001, p. 366, con nota di M. Agostini, *Ancora su impossibilit  temporanea della prestazione e licenziamento*).

(185) V. pero' in senso contrario M. Napoli, *La stabilit  reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 174, pp. 349-353, dove l'A. sostiene la non riconducibilit  dell'impedimento personale del lavoratore alla nozione di g.m.o.

(186) V. il caso particolare a cui si riferisce Cass. 11 agosto 1998 n. 7904 (*RIDL*, 1999, II, p. 370, con nota di V. Marino, *Accusa di collusione mafiosa e licenziamento*): il sig. F. viene segnalato al suo datore di lavoro dall'autorit  pubblica competente come soggetto da allontanare per «incompatibilit  ambientale» dovuta a collusione mafiosa; il licenziamento per g.m.o. che ne consegue viene tuttavia ritenuto illegittimo in difetto di prova da parte dell'imprenditore circa l'impossibilit  di trasferimento e riutilizzazione in altra unit  produttiva. Nello stesso senso v. ultimamente Cass. 26 maggio 2001 n. 7210, *GLav*, 2001, n. 31, p. 31; Cass. 19 gennaio 2002 n. 572, *LPO*, 2002, p. 382. In senso contrario (insussistenza del diritto del lavoratore a vedersi assegnate mansioni diverse, salvo che cio' sia previsto da specifica disposizione di legge o contrattuale) v. Cass. 18 marzo 1995 n. 3174, *GI*, I, 1, c. 1635, con nota di V. Barbanti, *Il mutamento in peius delle mansioni del lavoratore*.

(187) In questo senso v. Cass. 2 maggio 2000 n. 5499, *NGL*, 2000, p. 616, cui si riferisce il commento di M. Giudici, *Reintegrazione del lavoratore licenziato per carcerazione ingiusta*, *DPL*, 2001, pp. 852-854. Sulla necessit  che la valutazione della legittimit  del licenziamento del lavoratore arrestato venga operata *ex ante* e non *ex post* v. anche Cass. 1<sup>o</sup> settembre 1999 n. 9239, *RIDL*, 2000, II, p. 547, con nota di M. Borzaga, *In tema di carcerazione preventiva del lavoratore e giustificato motivo oggettivo di licenziamento*.

(188) La norma non distingue tra imprese grandi e piccole ed   quindi applicabile in qualsiasi rapporto di lavoro: v. in proposito le condivisibili osservazioni di M. Giudici, *op. cit.* nella nota prec., p. 854.

(189) V. ad es. Cass. 8 dicembre 2000, *Socie 'te' anonyme de te 'le' communications c. Coudie're*, *DO*, 2001, p. 357: inoltre, ultimamente, la decisione del *Conseil Constitutionnel* francese 12 gennaio 2002 n. 455, *ADL*, 2002, p. 511, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 321-1 del *Code du travail*, nella parte relativa alla definizione del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, per contrasto con il principio della libert  di impresa.

(190) V. per tutte Cass. 30 marzo 1994 n. 3128, cit. nella nota 172; Cass. 13 novembre 1999 n. 12603, *OGL*, 2000, p. 186; Cass. 16 dicembre 2000 n. 15894, *NGL*, 2001, p. 340; Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, cit. nella nota 170. In dottrina, nello stesso senso, v. ultimamente O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 159, p. 599. La piena sindacabilit  delle scelte gestionali dell'imprenditore sottostanti al licenziamento era invece diffusamente negata negli anni '70 (segnalo in proposito la sapida rassegna di giurisprudenza proposta da G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 21, pp. 107-109): v. ad es. P. Monza 18 aprile 1973, *RGL*, 1973, II, p. 791, con nota di P. Papa, nella cui motivazione si leggono alcune considerazioni con le quali il giudice sembra vestire i panni del consulente di organizzazione aziendale: «il "quadro generale" della azienda suscita non poche perplessit  ... L'intercacciarsi o lo scontrarsi di iniziative contraddittorie, la sempre diversa impostazione del lavoro richiesta dai diversi dirigenti ... non possono convincere dell'oggettivit  delle ragioni addotte per il licenziamento dello Stefanelli. La mancanza nella Ankerfarm di una politica aziendale di lungo respiro (soprattutto sotto il profilo della qualificazione professionale dei dipendenti)   testimoniata, tra l'altro, dal fatto che, resasi opportuna una "ricerca di mercato", non si riusc  a utilizzare la prestazione dello Stefanelli, che pure nel settore acquisti doveva ormai avere una competenza specifica di base» (p. 806; dove l'argomentazione si conclude con un richiamo esplicito alla teoria della funzionalizzazione dell'impresa all'utilit  sociale: «È questa la "socialit " di una iniziativa imprenditoriale che riesce a ritoccare e correggere — come   giusto faccia — i suoi obbiettivi, ma solo al prezzo, socialmente inaccettabile, di disfarsi di suoi dipendenti?»).

(191) Cfr. M. Napoli, *La stabilit  reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 174: «Ritenere ... sufficiente la prova del nesso di causalit  tra scelta imprenditoriale (attinente alla organizzazione del lavoro) e licenziamento significa ritenere che un qualsiasi intervento sull'organizzazione del lavoro legittimerebbe il licenziamento ... Una tale conclusione implicherebbe continuit  dell'esperienza precedente, incentrata sulla libera recedibilit  » (p. 304). Questa osservazione ineccepibile si colloca pero' nel contesto di una complessa argomentazione (pp. 303-319), al termine della quale l'A. giunge alla conclusione (pp. 318-319) secondo cui il giustificato motivo di licenziamento si configura in tutti (e soltanto) i casi in cui si verifichi una effettiva diminuzione del numero degli addetti, ponendosi in tali casi soltanto la questione della scelta del lavoratore da licenziare: affermazione, questa, cui puo' rivolgersi gran parte delle osservazioni critiche esposte nelle pagine che precedono in riferimento agli orientamenti giurisprudenziali oggi dominanti in materia di g.m.o.

(192) V. ad esempio Cass. 20 novembre 2001 n. 14604, *NGL*, 2002, p. 225: «Ove vengano dedotte esigenze di riassetto organizzativo, finalizzato a una piu' economica gestione dell'azienda — la cui scelta imprenditoriale   insindacabile nei suoi profili di congruit  e opportunit  — licenziamento ingiustificato ... puo' considerarsi solo quello non sorretto da alcun motivo (e che quindi sia meramente arbitrario) ovvero sorretto da un motivo che si dimostri pretestuoso e quindi non corrispondente alla realt , di talche' la sua ragione debba essere rinvenuta unicamente nell'intento di liberarsi della persona ... e non in quello di perseguire il legittimo esercizio del potere riservato all'imprenditore»; ma come puo' il giudice accertare che il motivo addotto a sostegno del licenziamento   «pretestuoso», senza entrare profondamente nel merito della questione?

(193) Cfr. Cass. 30 gennaio 1998 n. 938, *RIDL*, 1998, II, p. 610, con nota di V. Marino, *L'«oggettivit » della situazione antecedente al licenziamento o al trasferimento quale giustificato o «comprovato» motivo dello stesso*: la massima ufficiale dice che «Le ragioni di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966 debbono essere obiettive e non derivanti da scelte compiute dallo stesso datore senza alcuna necessit ». Ma per verificare che le ragioni addotte dall'imprenditore siano «obiettive» e che le scelte su cui si fondano siano state poste in essere dall'imprenditore per necessit  reali, il giudice non deve forse entrare nel merito di quelle scelte? (infatti, nel caso specifico, il giudice entra nel merito della scelta dell'imprenditore di promuovere un inserviente di cucina al ruolo di cuoco, alla quale era conseguito il licenziamento di un altro cuoco con minori carichi di famiglia).

(194) V. ad esempio, esattamente in questi termini, T. Teramo 28 febbraio 2002, *GLav*, 2002, n. 31, p. 33.

(195) V. ad esempio il caso a cui si riferisce Cass. 20 dicembre 1995 n. 12999, *RIDL*, 1996, II, p. 632, con nota di L. Nannipieri, *Sul licenziamento del lavoratore a part-time che rifiuta il passaggio a tempo pieno*: libero il datore di lavoro di decidere che in una determinata posizione occorre un lavoratore a tempo pieno, ma sar  il giudice a decidere se il lavoratore addetto in precedenza a quella posizione possa o no essere utilizzato altrimenti in azienda.

(196) Distinzione originariamente proposta da G. Pera, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit. nella nota 179, p. 26; in senso conforme, in quell'occasione, v. anche G. Giugni, *ivi*, pp. 101-102. Per la giurisprudenza piu' recente in questo senso v. Cass. 9 luglio 2001 n. 9310, *mass.*; Cass. 13 novembre 2001 n. 14093, *RIDL*, 2002, II, p. 613, con nota di C. Ogriseg, *Libert  delle scelte economico-organizzative e licenziamento per g.m.o. del lavoratore*. V. invece Cass. 6 novembre 2001 n. 13714, *ivi*, dove la sindacabilit  dell'«operato del datore di lavoro, anche precedente al provvedimento»,   ammessa, ma soltanto alla stregua del principio di correttezza e buona fede.

(197) In un caso recente la regola del *repêchage* viene confermata nella stessa sentenza che afferma l'insindacabilit  delle scelte organizzative dell'imprenditore: Cass. 13 novembre 2001 n. 14093, cit. nella nota prec.

(198) La contraddizione tra l'applicazione della regola del *repêchage*, come comunemente applicata dai giudici del lavoro (con ricerca attiva delle posizioni aziendali nelle quali il lavoratore puo' essere reinserito) e il principio della insindacabilit  delle scelte organizzative dell'imprenditore  

particolarmente evidente nella massima ufficiale di Cass. 19 gennaio 2002 n. 572, cit. nella nota 181, dove si giustappongono la riaffermazione di quel principio e l'enunciazione della regola per cui il giudice può e deve controllare che il lavoratore non possa essere «utilmente» spostato in seno all'azienda.

(199) Il *r. p.* è quello in forza del quale si assume la somma di denaro che un soggetto è disposto a pagare, per ottenere un bene, come misura dell'utilità che il bene stesso riveste per quel soggetto.

(200) A questa mia tesi, esposta nel corso di un seminario, un collega ha obiettato che l'enunciazione preventiva, da parte della legge o del giudice, dell'entità della soglia renderebbe «troppo facile» il licenziamento, eliminando l'alea del giudizio. Ma logica vuole che, se la «difficoltà» del licenziamento (*rectius*: la perdita attesa che si intende accollare al datore di lavoro, in funzione della «copertura assicurativa» cui il suo dipendente ha contrattualmente diritto) deve essere maggiore, l'aumento venga perseguito mediante la fissazione di una soglia più elevata conoscibile *ex ante*, non mediante l'incertezza circa l'entità della soglia stessa.

(201) V. l'intervento di P.G. Alleva nel dibattito sul mio libro *Il lavoro e il mercato*, RIDL, 1997, I: «una lunghissima esperienza mi ha convinto ... che le scelte legislative in tema di vincolo al recesso si muovono su un altro piano, perché nelle cause di licenziamento non si parla "del mio e del tuo" ma "di me e di te"» (p. 248). Per una proposta fondata su argomenti profondamente diversi da quelli sostenuti da P.G. Alleva e volta all'attenuazione della rigidità del vincolo derivante dalla regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ma volta altresì a privilegiare l'effettività della reintegrazione a scapito dei profili puramente retributivi o risarcitori della tutela reale, v. L. de Angelis, *Il giustificato motivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, RIDL, 2001, I, pp. 123-138.

(202) Salvo che nel caso delle organizzazioni non imprenditoriali di tendenza, dove il giustificato motivo oggettivo di licenziamento può consistere in interessi di natura non economica. A queste organizzazioni, peraltro, il legislatore ha ritenuto di applicare soltanto il regime di tutela obbligatoria contro il licenziamento (§ 527), proprio perché ha voluto offrire loro una sorta di «uscita di sicurezza», nel caso in cui quegli interessi non fossero adeguatamente dimostrabili in giudizio, o comunque non fossero adeguatamente valutati dal giudice: in caso di soccombenza in giudizio, essi potranno comunque essere fatti salvi pagando l'indennizzo al lavoratore.

(203) V. per tutte in questo senso Cass. 5 aprile 1990 n. 2831, NGL, 1990, p. 188; Cass. 30 maggio 1995 n. 6083, OGL, 1996, p. 193, dove si precisa che la decisione di cessare l'attività è legittima anche se è determinata dalla prospettiva delle perdite conseguenti a rivendicazioni sindacali in atto nell'azienda. Negli anni '70 non sono mancate, però, pronunce nel senso della sindacabilità, in sede di verifica giudiziale della legittimità del licenziamento, della scelta dell'imprenditore di cessare la propria attività: v. ad es. T. Bolzano 21 marzo 1975, RGL, 1975, II, p. 1046.

(204) Cfr. l'ampia trattazione di questo tema proposta da M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 174, pp. 284-303, sulla base della quale l'A. conclude: «Che la decisione di cessare l'attività produttiva (anche al di fuori delle procedure concorsuali) debba considerarsi insindacabile in sede di valutazione della giustificatazza dei licenziamenti è esatto, ma ciò non vuole dire che il giudice non debba compiere una penetrante indagine al fine di scoprire ... l'effettività e la definitività» della chiusura; «Se la cessazione dell'attività produttiva ... è effettiva e definitiva, non finalizzata a un mutamento dell'impresa o al trasferimento dell'azienda, allora il licenziamento totale appare giustificato» (pp. 293-294).

(205) Il fallimento, o apertura di altra procedura concorsuale, non giustifica neppure, di per sé, la sospensione della prestazione lavorativa e/o della relativa controprestazione retributiva: v. ultimamente in proposito A. Torino 29 novembre 2001, D&L, 2002, p. 197.

(206) Un'influenza effettiva assai rilevante delle condizioni del mercato del lavoro sul comportamento dei giudici nelle controversie in materia di licenziamento è stata rilevata sulla base di un campione costituito soltanto da licenziamenti disciplinari (A. e P. Ichino, M. Polo, *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, RIDL, 1998, I, pp. 19-47). È tuttavia plausibile che la stessa influenza sia esercitata di fatto dalle condizioni del mercato anche sulle decisioni giudiziali in materia di giustificato motivo oggettivo.

(207) In questo senso è normalmente orientata la giurisprudenza austriaca. Per un caso, tratto dalla giurisprudenza francese recente, in cui le particolari difficoltà personali della lavoratrice licenziata, nel reperimento di una nuova occupazione, causate dalla sua età avanzata, sono state menzionate esplicitamente nella motivazione della sentenza quale argomento a sostegno dell'illegittimità del licenziamento, v. A. Limoges 13 dicembre 2000, cit. nella nota 174.

(208) È evidente l'influenza che questo parametro esercita sul prezzo medio di mercato della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro: sulla base della mia esperienza professionale diretta posso dire che nell'Italia settentrionale quel prezzo medio, quando il rapporto è protetto da stabilità reale, si aggira tra le diecimila e le ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione, riducendosi o aumentando in relazione alla minore o maggiore anzianità di servizio. Nell'Italia meridionale il prezzo è, comprensibilmente, più elevato.

(209) È questa la logica in cui si colloca la proposta da me formulata ne *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, cap. V, tradotta l'anno successivo nel disegno di legge 4 febbraio 1997, n. 2075, presentato al Senato da F. De Benedetti (può leggersi in RIDL, 1999, III, pp. 141-155).

(210) Sul punto che una riforma siffatta non configurerebbe, di per sé, una alterazione nel meccanismo logico del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, bensì soltanto una sua diversa modalità di applicazione, rinvio ai miei *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento* (RIDL, 1999, III, pp. 3-10), in risposta al *Colloquio* di G. Pera (ivi, 1998, III, p. 211).

(211) V. in argomento M.V. Ballestrero, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento*, ne *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di F. Carinci, Napoli, 1991, pp. 97-126. Per una rassegna dottrinale e giurisprudenziale delle principali questioni su questa materia v. ultimamente G. Burrigato, *Il licenziamento disciplinare*, LPO, 2002, pp. 438-449.

(212) «La mancata o inesatta esecuzione non potrà essere più valutata ... "avuto riguardo all'interesse" del contraente fedele, ossia per la sua incidenza sull'economia del contratto, per la sua attitudine a turbare l'equilibrio contrattuale ... l'eventuale sfiducia nel futuro adempimento che la condotta del lavoratore abbia determinato nell'imprenditore non avrà più peso ... l'inadempimento andrà apprezzato unicamente in quanto tale, come se ci si muovesse nell'ottica non del contratto, ma dell'obbligazione. A rilevare nel nostro caso non sarà, cioè, il combinato disposto degli artt. 1455 e 1564 cod. civ., ma l'art. 1218 cod. civ.»: così F. Mancini (G. Ghezzi, L. Montuschi, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Comm SB, 1972, p. 260. Aderiva a questa veduta M.V. Ballestrero, *I licenziamenti*, cit. nella nota 12, pp. 330-331; v. invece in senso parzialmente difforme M. Napoli, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 174, p. 225.

(213) Lo stesso Mancini, a distanza di vent'anni, ha parlato in proposito di «cedimento all'"insorgenza populistica" di quegli anni»; e ha preso le distanze dal proprio commento all'art. 18, qualificandolo come «un'operazione fondamentalmente tendenziosa in cui, benché avess[e] fatto un uso sagace dello strumento dogmatico, il segno ideologico è pesante come non era stato mai prima e come non sarebbe mai più stato dopo» (*Intervista*, RIDL, 1993, I, pp. 170-171).

(214) P. Tosi, *I dirigenti d'azienda*, Milano, 1974: «le "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" non possono certamente venire collegate con le condizioni del soggetto che svolge certe mansioni, ma solo con le mansioni in quanto tali. Non è cioè consentito far penetrare surrettiziamente nell'area del giustificato motivo oggettivo ipotesi che, pur appartenendo naturalmente all'area della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, non hanno rilevanza risolutiva sotto questo profilo, in ragione dell'irrigidimento legislativo dei limiti di queste nozioni: pena la trasformazione delle "ragioni" dell'art. 3 della legge n. 604 in una clausola di chiusura praticamente illimitata» (p. 193). Nello stesso senso M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 174, pp. 352-353.

(215) V. in questo senso G. Burrigato, *Il licenziamento disciplinare*, cit. nella nota 211, pp. 443-444.

(216) Sulla nozione di *moral hazard* e sui «salari di efficienza» come meccanismo retributivo mirante a ridurre il rischio per l'impresa v. § 242. È evidente come il licenziamento disciplinare costituisca elemento essenziale di questo meccanismo, per la minaccia in esso implicita, rivolta a tutti i dipendenti dell'impresa, della perdita del *surplus* retributivo nel caso in cui il difetto di collaborazione venga scoperto.

(217) V. per tutte Cass. 23 febbraio 1996 n. 1421, RIDL, 1997, II, p. 189, con nota di G. Martinucci, *Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione*; Cass. 4 settembre 1999 n. 9354, cit. nella nota 221; Cass. 13 aprile 2002 n. 5332, LG, 2002, p. 994.

(218) Cass. 25 maggio 1995 n. 5735, OGL, 1996, p. 491: «Il licenziamento, sanzione idonea a privare il lavoratore e la sua famiglia dei mezzi

sufficienti all'esistenza, deve conseguire a illeciti di proporzionale gravità e non a fatti, seppure penalmente rilevanti, che ... non sono destinati verosimilmente a ripetersi una volta contestati e seguiti da una sanzione disciplinare conservativa». Esattamente nello stesso senso Cass. 23 giugno 1997 n. 5601, *RIDL*, 1998, II, p. 614, con nota di E. Dall'Ara, *Giusta causa e proporzionalità tra fatto e sanzione disciplinare*, in riferimento a un caso di appropriazione indebita da parte del lavoratore; inoltre T. Messina 15 luglio 1999, *RIDL*, 2000, II, p. 533, con nota critica di M. Cattani: «Se il lavoratore, reintegrato in via cautelare nel posto di lavoro in attesa della decisione di merito, si sia poi comportato irreprensibilmente in un lungo periodo successivo, le prove acquisite in un giudizio penale terminato con una sentenza non definitiva di condanna non costituiscono motivo sufficiente a escludere l'accoglimento del ricorso proposto dallo stesso lavoratore per essere reintegrato nel posto di lavoro»; e ultimamente Cass. 21 maggio 2002 n. 7462, per quel che mi consta inedita, nella quale, in riferimento a un caso di furto di modesta entità commesso da una lavoratrice, si legge: «il Giudice di merito ha considerato che la [lavoratrice] occupava in azienda una posizione che non prevedeva alcun particolare affidamento del datore di lavoro, svolgendo mansioni di semplice operaia ...; che non vi erano elementi che autorizzassero "a far ritenere il pericolo di una reiterazione dei fatti" in quanto unico era l'episodio contestato ... Correttamente, pertanto, il Tribunale ... ha escluso l'esistenza di una ragionevole proporzione tra addebito e sanzione inflitta».

(219) Così Cass. 9 novembre 2000 n. 14551, *FI*, 2001, I, c. 95, dove questa affermazione è esplicitamente riferita al g.m. soggettivo e alla giusta causa di licenziamento, essendo la seconda considerata come una variante aggravata del primo (§ 518).

(220) Nota 218.

(221) Cfr. Cass. 4 settembre 1999 n. 9354, *RIDL*, 2000, II, p. 346, con nota di S. Brun, *Licenziamento per fatti extra-lavorativi e accertamenti probatori in materia di licenziamento discriminatorio*.

(222) V. in proposito § 516, lett. f e ivi le sentenze citt. nella nota 176.

(223) Cfr. Cass. 2 febbraio 1998 n. 1016, *RIDL*, 1998, II, p. 822, con nota di M. Caro, *Criteri di indagine per l'accertamento della giusta causa di licenziamento, con riferimento a un caso di abuso del telefono aziendale*, dove si afferma che l'indagine del giudice «va effettuata ... non con riferimento al fatto astrattamente considerato, bensì agli aspetti concreti afferenti alla natura e alla qualità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, nonché alla portata soggettiva del fatto stesso, ossia alle circostanze del suo verificarsi e ai motivi e all'intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo». Così, ad esempio, sono stati considerati come circostanze idonee a ridurre in modo decisivo la gravità della mancanza imputata al lavoratore: il fatto che essa costituisca reazione al comportamento scorretto di un superiore (Cass. 19 dicembre 1998 n. 12717, *RIDL*, 1999, II, p. 832, con nota di F. Bano, *Quando l'aggressione ai danni del superiore gerarchico non è insubordinazione*; Cass. 14 agosto 1999 n. 8641, *RIDL*, 2000, II, p. 359, con nota di D. Simonato, *Richiesta di ferie e silenzio del datore di lavoro: abbandono del posto o comportamento concludente?*); il fatto che la mancanza fosse stata commessa per motivi di particolare rilievo morale (Cass. 4 dicembre 1995 n. 12484, *RIDL*, 1996, II, p. 628, con nota di V. Marino, *Licenziamento e proporzionalità della sanzione*); il fatto che la mancanza consistesse in un comportamento che era stato diffusamente tollerato in azienda, se non addirittura esplicitamente consentito (Cass. 7 aprile 1998 n. 3591, *RIDL*, 1999, II, p. 136, con nota di M.L. De Margheriti, *Sull'obbligo di diligenza del prestatore di lavoro*; Cass. 30 ottobre 2000 n. 14311, *RIDL*, 2001, II, p. 389, con nota critica di G. Pera, *Il «furto temporaneo» del cassiere di banca si può tollerare*). Non è stato invece considerato come circostanza altrettanto decisiva il fatto che il lavoratore avesse commesso la mancanza sotto l'effetto di una forte emozione: Cass. 8 gennaio 2000 n. 143, cit. nella nota 88 al § 221. Per una rassegna della casistica giurisprudenziale in materia di licenziamento disciplinare v. M. D'Onghia, *Il licenziamento disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 313-348. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tema di proporzionalità fra mancanza e sanzione disciplinare v. le note al § 80.

(224) Mi sia consentito rinviare, a questo proposito, alla mia nota alla sentenza T. Milano 8 febbraio 2001, *Sull'indeterminatezza delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento*, *RIDL*, 2001, II, pp. 599-603.

(225) V. ad esempio Cass. 25 maggio 1995 n. 5735, cit. nella nota 218, o Cass. 30 ottobre 2000 n. 14311, cit. nella nota 223.

(226) V. in proposito lo studio delle variazioni del comportamento dei giudici nello spazio e nel tempo, in riferimento a mancanze classificate secondo il tipo e la gravità, cit. nella nota 206.

(227) Così, ad esempio, la piccola frode ai danni dell'azienda è stata considerata come motivo idoneo a giustificare il licenziamento in Cass. 25 maggio 1995 n. 5742 (*RIDL*, 1996, II, p. 153, con note di M. Papaleoni e M. Palla, *Opinabilità del concetto di giusta causa di licenziamento e strabismo della Corte di Cassazione*), ma non nella sentenza emessa nello stesso giorno da un altro collegio della stessa Corte, n. 5753 (ivi); l'abuso del telefono aziendale è stato considerato come motivo idoneo a giustificare il licenziamento in Cass. 7 aprile 1999 n. 3386 (*RIDL*, 1999, II, p. 649, con nota di G. Pera, *Il licenziamento per abuso di telefono aziendale*) dove è stata confermata sentenza di convalida di licenziamento di una lavoratrice che aveva effettuato qualche decina di conversazioni telefoniche interurbane nell'arco di quattro mesi mediante l'apparecchio aziendale; ma non in Cass. 2 febbraio 1998 n. 1016, cit. nella nota 223, dove è stata invece confermata la sentenza di illegittimità del licenziamento di un dipendente di azienda telefonica che aveva temporaneamente collegato il numero telefonico della propria abitazione con una linea di servizio. L'appropriazione indebita di denaro da parte di un impiegato bancario è stata ritenuta idonea a giustificare il licenziamento in Cass. 22 febbraio 1995 n. 2019 (*RIDL*, 1996, II, p. 136, con nota di A. Padalino, *Giusta causa di licenziamento e operazioni irregolari poste in essere dall'impiegato di un istituto di credito*), ma non in Cass. 28 settembre 1998 n. 9692, *RIDL*, 1999, II, p. 184, con nota di G. Pera, *Rubare non è grave?*

(228) V. ad es. T. Milano 3 luglio 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 396, con nota di M. Caro.

(229) V. in questo senso Cass. 25 maggio 1995 n. 5753, cit. nella nota 227; Cass. 28 settembre 1998 n. 9692, cit. nella stessa nota; Cass. 27 novembre 1999 n. 13299, *RIDL*, 2000, II, p. 380, con nota di M. Cattani, *Sulla legittimità del licenziamento per furto di beni aziendali di modesto valore e sui limiti del sindacato di merito della Corte di Cassazione*; Cass. 21 maggio 2002 n. 7462, *GLav*, 2002, p. 22. Ma in un altro caso è stata ritenuta sufficiente a giustificare il licenziamento la piccola truffa commessa dal venditore ai danni del datore di lavoro consistente nell'attestare visite a clienti non effettuate: Cass. 14 maggio 1998 n. 4881, *RIDL*, 1999, II, p. 156, con nota di M. Cattani, *Sulla nozione di giusta causa di licenziamento*.

(230) Cass. 28 settembre 1996 n. 8571, *DPL*, 1997, p. 401.

(231) Cass. 2 dicembre 1996 n. 10752, *RIDL*, 1997, II, p. 594, con nota di R. Magro, *Molestie sessuali come giusta causa di licenziamento e irrilevanza della sentenza penale di assoluzione dal reato di libidine violenta*; Cass. 8 marzo 1998 n. 2626, *RIDL*, 1999, II, p. 146, con nota di P. Tullini, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*; Cass. 5 agosto 2000 n. 10315, *RIDL*, 2001, II, p. 339, con nota di L. D'Arcangelo, *Giusta causa di licenziamento e usura*. Sul possibile rilievo in sede civile dell'avvenuto patteggiamento in sede penale (in riferimento a un caso di usura ed estorsione) v. Cass. 8 ottobre 1998 n. 9976, *RIDL*, 1999, II, p. 377, con nota di V.A. Poso, *Ulteriori precisazioni sull'efficacia della sentenza penale emessa a seguito di patteggiamento nel giudizio civile di impugnazione del licenziamento disciplinare*.

(232) V. tra le prime, in questo senso, Cass. 22 ottobre 1998 n. 10514, *FI*, 1999, I, c. 1967; Cass. 18 gennaio 1999 n. 434, *FI*, 1999, I, c. 1891; Cass. 22 aprile 2000 n. 5299, *DPL*, 2000, p. 2555; Cass. 8 maggio 2000 n. 5822, *DPL*, 2000, p. 2556; e ultimamente Cass. 26 luglio 2002 n. 11109, *LPO*, 2002, p. 1195. Su questo nuovo orientamento della Corte v. le osservazioni critiche di R. e S. Muggia, *Licenziamenti per inadempimento: le incertezze interpretative nelle sentenze dell'ultimo biennio*, *LG*, 2000, p. 524. V. inoltre, in senso apparentemente contrario, Cass. 19 giugno 2000 n. 8313, *RIDL*, 2001, II, p. 112, con nota di M.L. Vallauri, *Espressioni ingiuriose, abitudini lessicali e giusta causa di licenziamento. Alcune osservazioni sulla natura di giusta causa e giustificato motivo*; Cass. 15 novembre 2001 n. 14229, *NGL*, 2001, p. 266.

(233) Cfr. su questo punto le note 207 e 208.

(234) In questo senso v. R. Corrado, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 1973: «rientra nell'autonomia negoziale di conferire a certi impegni del lavoratore un contenuto fiduciario più intenso di quello normale, in modo da attribuire ad alcuni inadempimenti una rilevanza risolutiva, che normalmente non hanno (artt. 1456 e 1457 cod. civ.)» (p. 537).

(235) V. tra le prime sentenze in questo senso P. Milano 21 novembre 1973, *OGL*, 1974, p. 228; A. Milano 22 febbraio 1974, *FPad*, 1974, I, c. 410; più recentemente Cass. 23 aprile 1990 n. 3357, *RIDL*, 1991, II, p. 902, con nota di V.A. Poso. In dottrina nello stesso senso P. Sandulli, nel *Commentario dello Statuto dei lavoratori* diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975, vol. II, sub art. 18, p. 506; Cass. 4 giugno 2002 n. 8107 (a quanto

mi consta inedita), in motivazione.

(236) Cass. 29 aprile 1998 n. 4395, *DPL*, 1998, p. 2598. Per un caso in cui, tuttavia, il giudice ha considerato applicabile la sanzione del licenziamento nonostante che il contratto collettivo applicabile e il regolamento disciplinare aziendale prevedessero sanzioni minori per mancanze formalmente dello stesso tipo, v. Cass. 28 aprile 1995 n. 4735, *RIDL*, 1996, II, p. 866, con nota di T. Vettor, *La violazione del minimum etico quale causa legittimante il licenziamento per giusta causa: un caso di molestie sessuali del lavoratore verso terzi*.

(237) Cass. 2 luglio 1987 n. 5804, *RIDL*, 1988, II, p. 261, con nota di E. Vullo; Cass. 28 novembre 1998 n. 12132, *RIDL*, 1999, II, p. 659, con nota di M. Caro, *La nozione di rissa rilevante nel diritto del lavoro*.

(238) Tra le numerose altre in questo senso, v. Cass. 9 novembre 2000 n. 14551, cit. nella nota 219; in senso contrario, per la concezione c.d. oggettiva della giusta causa, Cass. 24 luglio 1968 n. 2688, cit. nella nota 21. Per una rassegna critica della dottrina su questo punto v. R. Diamanti, *Recesso per giusta causa, ne I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, Milano, 1999<sup>2</sup>, pp. 42-56, e soprattutto la monografia di P. Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994, dove lo sviluppo teorico dottrinale dell'istituto è esaminato fin dalle sue origini legislative e dottrinali, passando per la dottrina del periodo corporativo e del dopoguerra, fino ai giorni nostri. L'A. sostiene la tesi secondo cui il licenziamento per giusta causa costituirebbe un istituto autonomo e — per così dire — originario, cioè non derivato dal recesso *ad nutum* come suo sotto-tipo; ma respinge nettamente la configurabilità di una «giusta causa oggettiva» (cap. IV).

(239) Nel senso della necessaria «valorizzazione ... anche di fatti estranei alle obbligazioni negoziali del lavoratore», nella valutazione della portata oggettiva della mancanza, v. ora O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 159, p. 593.

(240) Per la definizione della giusta causa di licenziamento come inadempimento colpevole particolarmente grave, oltre al saggio di P. Tullini, cit. nella nota 238, v. F. Mazzotti, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990 n. 108*, Torino, 1991, cap. II, dove l'A. riprende l'argomentazione svolta nella propria relazione introduttiva al convegno torinese dell'Aidlass del 1987 (questa può leggersi negli atti del convegno, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Milano, 1988, pp. 81-144).

(241) Cfr. G. Pera, *La cessazione ecc.*, cit. nella nota 21: «In fondo ... la posta in giuoco ... è un arrotondamento economico» (p. 69). V. inoltre U. Romagnoli, *loc. cit.* nella nota 138.

(242) Per la tesi secondo cui il fondamento del recesso va individuato sempre e soltanto nel giustificato motivo *ex art.* 3 l. n. 604/1966, riducendosi la giusta causa a fattispecie rilevante soltanto ai fini dell'esclusione del preavviso, v. soprattutto M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 174, pp. 100-109. Sostiene invece la netta distinzione del licenziamento per giusta causa, come istituto autonomo e per così dire originario, rispetto al licenziamento per giustificato motivo, in netta contrapposizione con la tesi di M. Napoli, P. Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, cit. nella nota 238, cap. III.

(243) V. per tutte Cass. 20 settembre 1991 n. 9803, *RIDL*, 1992, II, p. 676, con nota di M. Caro, *Conversione del licenziamento e poteri del giudice*; Cass. 2 marzo 1995 n. 2414, *MGL*, 1995, p. 428; Cass. 27 febbraio 1998 n. 2204, *RIDL*, 1998, II, p. 828, con nota di M.L. Vallauri, *Sulla valutazione della giusta causa e la sua «conversione» in giustificato motivo*; Cass. 6 giugno 2000 n. 7617, *RIDL*, 2001, II, p. 79, con nota di M. Corti, *Conversione ex officio del licenziamento per giusta causa e fattispecie previste dalla contrattazione collettiva*; Cass. 27 settembre 2000 n. 12769, *RIDL*, 2001, II, p. 446, con nota di S.G. Nadalet; Cass. 20 giugno 2002 n. 9006, *GLav*, 2002, n. 31, p. 28. In dottrina v. sul punto recentemente E. Gragnoli, «Conversione del recesso per giusta causa in uno per giustificato motivo», *ADL*, 2001, pp. 811-832.

(244) V. ancora le sentenze citate nella nota precedente.

(245) Il rifiuto, da parte del lavoratore, di ricevere direttamente nel luogo di lavoro la comunicazione del licenziamento che gli viene consegnata dal datore è comportamento non conforme a buona fede nell'attuazione del rapporto contrattuale e non toglie comunque alla comunicazione stessa il suo effetto giuridico: v. in questo senso, tra le numerose altre, Cass. 12 novembre 1999 n. 12571, *RIDL*, 2000, II, p. 746, con nota di L. Venditti.

(246) Per una rassegna critica della dottrina e della giurisprudenza in argomento v. D. Garofalo, *Licenziamento e forma*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 170-187.

(247) Cass. 17 giugno 1995 n. 6900, *RIDL*, 1996, II, p. 623, con nota di A. Bollani, *Forma scritta e licenziamento*.

(248) Cass. 14 novembre 1997 n. 11310, *RIDL*, 1998, II, p. 332, con nota di V. Marino, *La comunicazione scritta del licenziamento nell'interpretazione della Corte di Cassazione*.

(249) G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 21, p. 144, cui aderisce V. Marino, *La comunicazione scritta ecc.*, cit. nella nota prec. V. anche G. Ardu, *Manuale di diritto del lavoro*, cit. nella nota 138, vol. II, pp. 1189-1190, secondo il quale la forma scritta del licenziamento sarebbe richiesta dalla legge soltanto *ad probationem*.

(250) Ma la mancata richiesta tempestiva dei motivi non costituisce impedimento all'impugnazione: Cass. 5 gennaio 2001 n. 107, *mass.*

(251) V. per tutte Cass. 21 dicembre 1992 n. 13829, *GC*, 1992, I, p. 3083; Cass. 21 marzo 1993 n. 4659, *NGL*, 1993, p. 741.

(252) V. ad esempio Cass. 6 ottobre 1997 n. 9713 (*RIDL*, 1998, II, p. 337, con mia nota, *Assenteismo abusivo e formalismo dei giudici*), riferita al caso di un lavoratore licenziato per scarso rendimento, per avere egli fatto registrare nell'ultimo triennio il 75% di giornate di assenza per malattia: la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva motivato la convalida del licenziamento con l'evidenza di una simulazione di malattia, osservando che al lavoratore era stata invece contestata soltanto l'abnorme frequenza delle sue assenze, col conseguente pregiudizio per il suo rendimento.

(253) Un orientamento in qualche modo analogo a quello qui proposto è stato recentemente adottato dalla Corte di Cassazione, ma in riferimento ai motivi dell'impugnazione giudiziale del licenziamento da parte del lavoratore: Cass. 21 gennaio 2002 n. 572, *D&L*, 2002, p. 426: «In caso di impugnazione del licenziamento il giudice ha il potere di qualificare l'azione in relazione al concreto svilupparsi della fattispecie portata al suo vaglio (indipendentemente dalla prospettazione giuridica della parte) a condizione che la domanda possa ritenersi tacitamente proposta e virtualmente contenuta nell'istanza introduttiva del giudizio e che, con particolare riguardo al *petitum* e alla *causa petendi*, si trovi in rapporto di necessaria connessione con l'oggetto della lite».

(254) Cfr. Cass. 20 aprile 1998 n. 4014, cit. nella nota 333, riferita però al licenziamento disciplinare intimato senza il rispetto del procedimento previsto dall'art. 7 St. lav.

(255) Non basta dunque per far cessare la limitazione della facoltà di recesso del datore il fatto che il lavoratore sia in possesso dei requisiti per il pensionamento di *anzianità*: v. in questo senso Cass. 20 aprile 1999 n. 3907, *RIDL*, 1999, II, p. 851, con nota di G. Ludovico, *Note in tema di licenziamento del lavoratore pensionabile*.

(256) Sul differimento del termine dopo il quale il datore di lavoro può recedere liberamente al compimento del sessantacinquesimo anno, nel caso in cui il lavoratore abbia esercitato l'opzione in tal senso, v. ultimamente C. cost. 20 giugno 2002 n. 256, *NGL*, 2002, p. 664, nel senso della legittimità della differenziazione della disciplina per uomini e donne; e dieci anni prima C. cost. 1° luglio 1992 n. 309, *NGL*, 1992, p. 702; Cass. 2 luglio 1992 n. 8112, *ivi*. La stessa C. cost. n. 309/1992 (così come in precedenza numerose sentenze di Cassazione, tra le quali quelle del 3 settembre 1988 n. 5019, *mass.*, del 28 novembre 1990 n. 11437, *mass.*, del 22 aprile 1992 n. 4833, *NGL*, 1992, p. 702; e successivamente Cass. 12 aprile 1995 n. 4197, *mass.*), affermava invece l'inidoneità dell'opzione per la prosecuzione del rapporto fino al sessantacinquesimo anno, se compiuta dal *dirigente*, a produrre l'effetto di una corrispondente protrazione della tutela di fonte contrattuale contro il licenziamento. In seguito, però, altre sentenze hanno affermato che il licenziamento prima del sessantacinquesimo anno del dirigente che abbia compiuto l'opzione è legittimo soltanto in quanto non sia motivato con la sua età (così Cass. 28 gennaio 1993 n. 1032, *mass.*; P. Milano 21 giugno 1994, *OGL*, 1994, p. 365; Cass. 12 agosto 1997 n. 7495, *mass.*); altre ancora hanno ritenuto nullo il licenziamento *contra optionem* del dirigente: così, tra le altre, Cass. 8 novembre 1999 n. 12419, *RIDL*, 2000, II, p. 372, con nota di D. Gallotti, *Il licenziamento del lavoratore ultrasessantenne optante per la prosecuzione* (ivi gli ulteriori riferimenti in argomento).

(257) Cfr. G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 21: in questi casi «la eventuale comunicazione del datore ha il solo scopo di "ricordare" alla controparte l'imminente scadenza» (p. 49).

(258) V. in questo senso tra le altre Cass. 27 giugno 1994 n. 6179, *MGL*, 1994, p. 580; Cass. 25 luglio 1994 n. 6901, *NGL*, 1994, p. 772. La materia è

oggetto di disciplina speciale nel caso particolare del prepensionamento nel settore dell'editoria, regolato dall'art. 36 della legge 5 agosto 1981 n. 416, che — con formulazione peraltro equivoca — pone in questo caso a carico dell'editore «in aggiunta alle normali competenze di fine rapporto, ... un'indennità pari all'indennità di mancato preavviso e, per i giornalisti, ... un'indennità pari a quattro mensilità di retribuzione»: la norma è stata interpretata nel senso dell'esclusione del cumulo di questa indennità con quella sostitutiva del preavviso da P. Milano 12 giugno 1989, *RIDL*, II, p. 226, con nota di R. Filidei.

(259) Cass. 16 maggio 1995 n. 5356, *RIDL*, 1996, II, p. 143, con nota di G. Canavesi, *Sul licenziamento per compimento dell'età pensionabile*.

(260) Per un caso di questo genere v. P. Napoli 10 giugno 1997, *D&L*, 1998, p. 109, con nota di A. Manna, *Il controllo del giudice sull'attribuzione convenzionale della qualifica di dirigente*.

(261) Sulla questione dell'applicabilità anche al rapporto di lavoro domestico della tutela contro il licenziamento della lavoratrice madre v. § 407.

(262) Cfr. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti*, cit. nella nota 12, p. 93.

(263) V. tra le altre Cass. 10 luglio 1991 n. 7610, cit. nella nota 266; Cass. 18 luglio 1991 n. 8010, *RIDL*, 1992, II, p. 1025, con nota di L. Massart, *La convocazione del datore da parte dell'Ufficio del lavoro per il tentativo di conciliazione vale come impugnazione del licenziamento*. Il termine di sessanta giorni non si applica, invece, per l'impugnazione del licenziamento nullo della lavoratrice madre: v. § 529.

(264) Cass. S.U. 18 ottobre 1982 n. 5394, *GC*, 1983, I, p. 869. V. inoltre nota seg.

(265) Così O. Mazzotta, *Licenziamento orale immotivato di lavoratore*, *FI*, 1978, I, c. 1619.

(266) T. Messina 15 luglio 1999, *RIDL*, 2000, II, p. 533, con nota di M. Cattani, *Sull'impugnazione del licenziamento mediante telegramma telefonico ecc.*; Cass. 30 ottobre 2000 n. 14297, *RIDL*, 2001, II, p. 371, con nota di M. Palla, *Revirement della S.C. sulla legittimità dell'impugnazione del licenziamento mediante telegramma telefonico*; Cass. 5 giugno 2001 n. 7620, *DL*, 2001, II, p. 317. In precedenza il telegramma dettato per telefono era stato invece ritenuto mezzo idoneo per la comunicazione dell'impugnazione del licenziamento da Cass. 10 luglio 1991 n. 7610, *RIDL*, 1992, II, p. 684, con nota di R. Belle', *L'impugnazione del licenziamento con telegramma dettato per telefono*.

(267) Cass. 7 ottobre 1999 n. 11178, *RGL*, 2000, II, p. 339; T. Modena 23 gennaio 2002, *GLav*, 2002, p. 46.

(268) Cass. 2 marzo 1999 n. 1757, *RIDL*, 2000, II, p. 177, con nota di A. Pellicchia, *Impossibilità di impugnazione di un licenziamento futuro*.

(269) Cass. 30 luglio 1979 n. 4499, *FI*, 1980, I, c. 1843.

(270) Sull'evoluzione dell'apparato sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo e per una panoramica della dottrina e giurisprudenza in proposito v. L. Corazza, *Il campo di applicazione delle tutele*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 155-170. Sul regime di tutela reale in particolare v. L. Ioele, *La tutela reale*, ivi, pp. 240-272; sul regime di tutela obbligatoria A. Boscati, *La tutela obbligatoria*, ivi, pp. 272-313.

(271) L'art. 8 del d.lgs. n. 368/2001 stabilisce la regola sopra indicata soltanto «ai fini di cui all'articolo 35» St. lav.: norma che, dopo la riforma del 1990, non disciplina più il campo di applicazione dell'art. 18. La stessa regola sembra tuttavia applicabile senz'altro anche in materia di licenziamenti, alla luce della giurisprudenza secondo la quale nella determinazione delle dimensioni dell'unità produttiva ai fini della determinazione del campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. deve farsi riferimento all'organico normale dell'impresa: v. in questo senso, fra le altre, ultimamente Cass. 5 aprile 2001 n. 5092, *FI*, 2001, I, c. 2528.

(272) Tra gli studi più cospicui in proposito v. R. Flammia, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* dir. da U. Prosperetti, cit. nella nota 235, vol. II, sub art. 35, pp. 1151-1182; M. Biagi, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Milano, 1978, partic. pp. 47-134; R. De Luca Tamajo, ne *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, dir. da G. Giugni, Milano, 1979, sub art. 35, pp. 611-645; P. Alleva, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1980, partic. pp. 1-93; C. Cester, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, 1983; nonché, in riferimento alla nuova disciplina della materia dettata dalla legge n. 108/1990, G. De Simone, ne *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, cit. nella nota 238, pp. 740-776.

(273) Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.* nella nota prec.: «Il legislatore ha in sostanza utilizzato questa nozione non già con l'intento di operare un "rinvio recettizio" a una ben determinata e cristallizzata realtà aziendale, ma per individuare un segmento del complesso imprenditoriale i cui confini e il cui significato, entro certi limiti, variano in relazione al contenuto precettivo e alla ratio delle norme che ad esso fanno riferimento, sì da acquisire caratterizzazioni di volta in volta strumentali e omogenee a tale contenuto e a tale ratio» (p. 624).

(274) La Corte costituzionale ha però sempre ritenuto legittima la norma in esame: v. in particolare la sentenza 14 gennaio 1986 n. 2, *RGL*, 1986, II, p. 230, con nota di M. Granato, e *GCost*, 1986, I, pp. 9 e 235, con nota di G. Pera.

(275) Prima della riforma del 1990, il fatto che il campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. fosse definito dalla stessa norma (l'art. 35) che negli identici termini definiva il campo di applicazione del titolo III aveva indotto una parte della dottrina a compiere ardite operazioni ermeneutiche volte a trarre da quell'unica definizione due significati diversi: uno più ampio per l'applicazione del titolo III e uno più ristretto per l'applicazione dell'art. 18: v. in questo senso R. De Luca Tamajo, *op. cit.* nella nota 272, partic. pp. 624-629.

(276) Così, ad esempio, Cass. 16 marzo 1988 n. 2459 (*OGI*, 1988, p. 571) richiede, affinché la filiale decentrata possa considerarsi come unità produttiva autonoma, la presenza in essa dell'organo che esercita effettivamente il potere direttivo e organizzativo sui dipendenti che ivi prestano servizio. V. inoltre Cass. 10 novembre 1997 n. 11092, *GC*, 1998, I, p. 1036; Cass. 14 giugno 1999 n. 5892, *MGL*, 1999, p. 1194, con nota di L. Pelaggi: «costituisce unità produttiva ... non ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto dell'impresa, ma soltanto la più consistente e vasta entità aziendale che, eventualmente articolata in organismi minori — anche non ubicati tutti nel territorio del medesimo comune —, si caratterizza per sostanziali condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica ed amministrativa, tali che in essa si esaurisce per intero il ciclo relativo a una frazione o a un momento essenziale dell'attività produttiva aziendale» (in motivazione, p. 1196); la sentenza è riferita a una controversia in materia di trasferimento, ma la Corte afferma esplicitamente che la nozione di «unità produttiva» rilevante in materia di trasferimento «è poi la stessa nozione operante agli effetti della tutela reintegratoria del lavoratore ingiustamente licenziato, di cui all'art. 18 St. lav., avendo la giurisprudenza affermato, in generale, il carattere unitario della nozione di unità produttiva nell'ambito dello Statuto dei lavoratori» (ivi). In un caso in cui il licenziamento era stato intimato da un'associazione sindacale, si è invece ritenuto che costituisca unità produttiva la singola sua struttura territoriale locale: Cass. 6 novembre 1998 n. 11223, *RIDL*, 1999, II, p. 877, con nota di E. Manganiello, *Autonomia e collegamento delle strutture sindacali ai fini della legittimazione processuale e del calcolo del requisito dimensionale per la tutela contro i licenziamenti individuali*. Per una rassegna della giurisprudenza sul punto v. G. De Simone, *op. cit.* nella nota 272, pp. 746-753.

(277) V. sul punto C. cost. 20 aprile 1998 n. 143, *DPL*, 1998, p. 2044. Cfr. anche Cass. 21 marzo 1994 n. 2663, *RIDL*, 1995, II, p. 193, con nota di L. Angelini, *Sulla intensificazione contrattuale della tutela del lavoratore nel procedimento disciplinare*. Inoltre, in riferimento all'estensione mediante disposizione collettiva dell'area di applicazione della tutela reale, Cass. 4 giugno 1988 n. 3791, *RIDL*, 1989, II, p. 147, con mia nota, *Sugli effetti della limitazione contrattuale della facoltà di recesso del datore di lavoro*; P. Bologna 18 novembre 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 454.

(278) Cfr., tra le altre, Cass. 10 novembre 1999 n. 12492, cit. nella nota 346.

(279) V. in proposito le condivisibili osservazioni critiche di F. Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, *RIDL*, 2002, I, pp. 169-182.

(280) In riferimento al referendum sulla disciplina dei licenziamenti promosso dal partito radicale, la Consulta ha riconosciuto la legittimità costituzionale della prospettata abrogazione dell'art. 18 St. lav., rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta fra tutela reale e tutela soltanto risarcitoria: C. cost. 7 febbraio 2000 n. 36, *NGL*, 2000, p. 205.

(281) V. in proposito F. Mancini (G. Ghezzi, L. Montuschi, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. nella nota 212, sub art. 18: «Che il recesso sia nullo, inefficace o annullabile conta ... ormai assai poco. Le novità dell'articolo in esame rispetto alla disciplina della legge n. 604 non consistono solo nell'aver reso invalido il licenziamento senza giusta causa o giusto motivo e nemmeno ... nell'aver definito le conseguenze patrimoniali della nullità comminata al licenziamento per rappresaglia; stanno anche nell'aver esteso tali conseguenze ... al licenziamento intimato senza le prescritte formalità. Assimilate le tre ipotesi nel trattamento, è dunque lecito rilevare ... che «un discorso (intorno ad esse) in termini di

rigorosa qualificazione dogmatica» e` oggi "in certo senso superfluo", mentre e` divenuto possibile considerarle unitariamente *sub specie* di "licenziamento illegittimo"» (pp. 263-264; il virgolettato costituisce una citazione tratta da G. Pera, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari*, RTDPC, 1971, pp. 1286-1287). Sulla questione dell'applicabilita` dell'art. 18 St. lav. anche ai licenziamenti nulli perche` intimati a lavoratrici madri o per causa di matrimonio, v. *infra*, § 529.

(282) Per una rassegna critica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di reintegrazione v. A. Giuffre', *L'adempimento del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione del Pretore*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 355-362.

(283) Nel senso dell'infondatezza della questione di costituzionalita` che era stata sollevata su questa disposizione, v. C. cost. 4 marzo 1992 n. 81, RIDL, 1993, II, p. 20, con nota di E. Balletti, *L'indennita` sostitutiva della reintegrazione e il tentativo obbligatorio di conciliazione ex artt. 1 e 5, L. n. 108/1990 al vaglio della Corte costituzionale*. Per una trattazione analitica dei problemi applicativi della norma v. G. Ferraro, *Reintegrazione*, ne *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990 n. 108*, a cura dello stesso, Napoli, 1990, pp. 64-78.

(284) Sostanzialmente nel senso della natura negoziale dell'atto con cui il lavoratore ottempera all'invito del datore, v. Cass. 4 giugno 2002 n. 8009, in corso di pubblicazione in *MGL*, 2002, con nota di C. Ogriseg, *Adesione all'invito di ripresa del servizio ex art. 18, c. 5°, St. lav., e nullita` del secondo licenziamento per mancata ricostituzione del rapporto*.

(285) Per una trattazione completa della questione e il panorama delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali v. A. Nicolai, *L'apparato sanzionatorio*, ne *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, cit. nella nota 238, pp. 845-855; A. Pizzoferrato, *Indennita` sostitutiva della reintegrazione: funzione giuridica e momento genetico*, RIDL, 1995, II, pp. 398-410; C. Ogriseg, *Adesione all'invito di ripresa del servizio ecc.*, cit. nella nota prec.

(286) Cass. 1° settembre 2000 n. 11464, *MGL*, 2000, p. 1320, con nota di N. De Marinis, *Esercizio tardivo dell'opzione ex art. 18, 5° comma, St. lav., e «perpetuatio» dell'obbligo di reintegra*; Cass. 6 novembre 2000 n. 14441, mass.

(287) Parzialmente diversa e` la questione se al lavoratore che abbia chiesto e ottenuto la reintegrazione in via cautelare, con ricorso ex art. 700 c.p.c. (quindi prima di una sentenza di reintegrazione), sia preclusa o no l'opzione per l'indennizzo sostitutivo della reintegrazione successivamente disposta con la sentenza di merito: nel senso della preclusione v. Cass. 13 agosto 1997 n. 7581, RIDL, 1998, II, p. 312, con ampia nota di L. Nannipieri, *Termini e forme della scelta del lavoratore per l'indennita` sostitutiva della reintegrazione*; in senso contrario v. invece, piu` recentemente, Cass. 11 febbraio 2002 n. 1925, *SLG*, 2002, p. 676, e RIDL, 2002, II, p. 626, con nota di A. Pardini, *Provvedimento cautelare di reintegrazione ed esercizio dell'opzione indennitaria*.

(288) V. in proposito soprattutto il dibattito svoltosi al convegno torinese dell'Aidlass del 1987 su *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit. nella nota 240, aperto dalle relazioni di M. Dell'Olio e F. Mazzotti.

(289) V. sul punto soprattutto M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, pp. 175-197: «Per quanto si voglia scavare nel concetto di fungibilita`, resta il fatto che la prestazione lavorativa non puo` essere ristabilita nella sua continuita` senza un comportamento del datore di lavoro che anche a prima vista non appare surrogabile per tutta la durata del rapporto» (p. 178). In giurisprudenza, nel senso dell'impossibilita` della sostituzione del datore di lavoro, ai fini della reintegrazione, con un commissario *ad acta*, v. Cass. 11 gennaio 1988 n. 112, RIDL, 1988, II, p. 1071, con nota di M. Bove.

(290) V. ancora M. D'Antona, *op. cit.* nella nota prec., partic. pp. 184-191: «se l'esecuzione forzata non e` idonea a imporre al datore di lavoro la cessazione del contegno lesivo, essa e` perfettamente idonea a operare sul piano degli obblighi strumentali di ripristino, cioe` sul piano della rimozione degli effetti. ... La fase strumentale della reintegrazione ... si risolve nell'insieme dei provvedimenti necessari a realizzare l'adeguamento della struttura aziendale al fatto nuovo del reingresso del lavoratore licenziato» (pp. 188-189). V. in proposito anche lo studio approfondito della monografia di M. D'Antona svolto da M. Cerreta, *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, ADL, 2001, partic. pp. 888-889; inoltre gli atti della tavola rotonda sassarese del giugno 1991 su *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, a cura di F. Santoni, Milano, 1983.

(291) Cass. 13 luglio 2002 n. 10203, *FI*, 2002, I, c. 2617.

(292) V. in questo senso Cass. 9 agosto 2002 n. 12123, *MGL*, 2002, p. 863, con nota di S. Figurati, *Reintegrazione nel posto di lavoro e ius variandi datoriale*; la sentenza e` in corso di pubblicazione anche in *RIDL*, 2003. Nello stesso senso, in riferimento a un caso di distacco (contestuale alla reintegrazione) presso altra impresa del gruppo, Cass. 9 agosto 2002 n. 12126, *GLav*, 2002, n. 43, p. 32.

(293) Una prima sentenza delle Sezioni Unite (15 marzo 1982 n. 1669, *FI*, 1982, I, c. 985, con nota di A. Proto Pisani) aveva affermato il perdurare dell'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere le retribuzioni al lavoratore, anche quando questi non fosse stato reintegrato in ottemperanza alla sentenza di illegittimita` del licenziamento, fino al passaggio in giudicato della sentenza di riforma o cassazione. Con la sentenza successiva (13 aprile 1988 n. 2925, *FI*, 1988, I, c. 1493), le stesse Sezioni Unite hanno mutato orientamento, limitando l'obbligo retributivo a carico del datore di lavoro al periodo intercorrente tra la sentenza di reintegrazione e quella di riforma o cassazione. In seguito alla modifica del 1990, il secondo comma dell'art. 336 c.p.c. attribuisce alla sentenza di riforma o di cassazione l'effetto della caducazione immediata di tutti i provvedimenti e atti dipendenti dalla sentenza di condanna cassata. Nella sua formulazione precedente, invece, l'art. 336 prevedeva che tale caducazione si operasse soltanto col passaggio in giudicato della sentenza di riforma o cassazione.

(294) V. in questo senso, tra le altre, Cass. 14 maggio 1998 n. 4881, RIDL, 1999, II, p. 156, con nota di M. Cattani, *Sulla ripetibilita` delle somme versate al lavoratore per sentenza poi riformata in appello*. In dottrina, M. Cerreta, *La reintegrazione*, cit. nella nota 290, pp. 860-861 e 890-904.

(295) Sull'obbligo di restituzione dell'indennita` sostitutiva del preavviso e del t.f.r. da parte del lavoratore licenziato e reintegrato nel posto di lavoro v. nota 299.

(296) Cfr. M.G. Garofalo, ne *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, dir. da G. Giugni, cit. nella nota 272, *sub art.* 18, pp. 277-282 e partic. p. 281, dove oltre alla differenza inerente al regime della prescrizione vengono indicate quella inerente alla suscettibilita` del licenziamento annullabile di essere convalidato a norma dell'art. 1444 c.c. (ma in materia di licenziamento questo istituto appare davvero fuori luogo) e quella inerente alla legittimazione ad agire, che nel caso del licenziamento nullo spetterebbe a chiunque vi abbia interesse: senonche` non mi sembra davvero concepibile che il licenziamento venga dichiarato nullo, con la conseguente reviviscenza degli obblighi contrattuali a carico del lavoratore, senza che quest'ultimo abbia scelto di chiedere la reintegrazione nel posto di lavoro, o addirittura contro la sua volonta`.

(297) V. in questo senso Cass. 11 dicembre 2001 n. 15621, *MGL*, 2002, p. 391: «Le somme liquidate al lavoratore, nel periodo intercorrente tra licenziamento dichiarato illegittimo e il provvedimento di reintegrazione ..., hanno natura, oltre che risarcitoria, anche retributiva ...».

(298) Cfr. su questo punto ultimamente Cass. 16 luglio 2002 n. 10307, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003.

(299) Quando il conguaglio per qualsiasi motivo non venga operato, il lavoratore reintegrato nel posto di lavoro e` comunque tenuto a restituire le competenze di fine rapporto percepite: v., in riferimento all'indennita` sostitutiva del preavviso; Cass. 4 marzo 1992 n. 2595, *OGL*, 1992, p. 389; Cass. 5 dicembre 1997 n. 12366, cit. nella nota 306; in riferimento al t.f.r., Cass. 24 giugno 1991 n. 7095, RIDL, 1992, II, p. 460, con nota di E. Gragnoli, *Licenziamento illegittimo e ripetibilita` del trattamento di fine rapporto*. Viceversa, il t.f.r. matura a credito del lavoratore anche nel periodo durante il quale il rapporto e` rimasto interrotto: v. nota 219 al § 261.

(300) Cass. 29 marzo 1996 n. 2906, *OGL*, 1997, p. 169, e *RIDL*, 1997, II, p. 873, con nota di V. Marino, *Sulla detraibilita` dell'indennita` di disoccupazione dalla retribuzione in caso di reintegra*; Cass. 4 febbraio 1998 n. 1150, RIDL, 1999, II, p. 189, con nota di G. Conte.

(301) V. in proposito Cass. 20 aprile 1999 n. 3907, cit. nella nota 255. V. pero`, nel senso della non detraibilita` del trattamento pensionistico, Cass. 19 maggio 2000 n. 6548 (RIDL, 2001, II, p. 351, con nota di M. Corsinovi, *Risarcimento del danno da licenziamento illegittimo e deducibilita` delle erogazioni pensionistiche percepite medio tempore dal lavoratore*): «La detraibilita` dell'*aliunde perceptum* e` infatti limitata — afferma qui la Corte — ai soli redditi che il lavoratore abbia percepito attraverso l'impiego della stessa capacita` lavorativa in una occupazione equivalente».

(302) Sulle numerose questioni inerenti alla determinazione del risarcimento del danno ex art. 18 St. lav. v., anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, A. Nicolai, *op. cit.* nella nota 285, pp. 794-814.

(303) Cass. 15 luglio 2002 n. 10260, *MGL*, 2002, p. 788, con nota di M. Viceconte, *Licenziamento illegittimo: rilevanza dell'elemento soggettivo*

datoriale ai fini della determinazione del risarcimento (la sentenza è in corso di pubblicazione anche in *RIDL*, 2003, II, fasc. 2, con nota di L. Lazzeroni); in precedenza, nello stesso senso, Cass. 21 settembre 1998 n. 9464, *FI*, 1999, I, c. 3135, con nota di G. Amoroso.

(304) C. cost. 23 dicembre 1998 n. 420, *FI*, 1999, I, c. 3135, con nota di G. Amoroso.

(305) In questo senso v. le stesse due sentenze di Cassazione citt. nella nota 303.

(306) Cass. 25 novembre 1984 n. 5474, *RIDL*, 1985, II, p. 478, con nota di M. Napoli, *Sconto o condanna per l'imprenditore pentito di aver licenziato?*; Cass. S.U. 23 aprile 1987 n. 3957, *FI*, 1987, I, c. 2059; Cass. 12 ottobre 1993 n. 10085, *RIDL*, 1994, II, p. 551, con nota di M.I. Benvenuti, *Revoca del licenziamento illegittimo e risarcimento dei danni*; Cass. 5 dicembre 1997 n. 12366, *RIDL*, 1998, II, p. 351, con nota di C. Zoli, *Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione* (ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali). Nel senso che la revoca del licenziamento deve essere accettata dal lavoratore per esentare il datore di lavoro dal pagamento del risarcimento e dell'indennizzo sostitutivo della reintegrazione v. anche Cass. 4 ottobre 1995 n. 10408, *RIDL*, 1996, II, p. 636, con nota di V. Marino, *Revoca del licenziamento e art. 18 St. lav.*; Cass. 18 novembre 1997 n. 11467, *RIDL*, 1998, II, p. 346, con nota di A. Avio, *Appunti sulla revoca del licenziamento*; Cass. 12 giugno 2000 n. 8015, *RIDL*, 2001, II, p. 358, con nota di F. Notaro, *Revoca del licenziamento e opzione del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*; nonché ultimamente Cass. 13 giugno 2002 n. 8493, *GLav*, 2002, n. 32/33, p. 27.

(307) In argomento v. M. Napoli, *La tutela reale contro i licenziamenti*, ne *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di F. Carinci, vol. I, Napoli, 1991, pp. 137-138.

(308) Cfr. P. Parma 13 novembre 1995 (*LG*, 1996, p. 476, con ampia nota critica di G. Mannacio), dove l'ingiuriosità del licenziamento è stata ravvisata nella lesione dell'onorabilità del lavoratore insita in una motivazione disciplinare rivelatasi totalmente infondata.

(309) V. in proposito, per ciò che riguarda il carattere ingiurioso o diffamatorio del licenziamento, G. Mannacio, *op. cit.* nella nota prec., dove si osserva come sia soltanto «l'uso distorto e abnorme del mezzo tecnico legittimo di contestazione (comunicazione dei motivi del recesso) a definire il licenziamento come ingiurioso la dove una certa denigrazione oggettiva sia rinvenibile nel motivo comunicato»; mentre «il licenziamento [disciplinare] illegittimo ma non ingiurioso comporta come conseguenza solo quella [sanzione] che è prevista dalla normativa legale o convenzionale di riferimento nell'ipotesi di licenziamento illegittimo» (p. 481). In giurisprudenza v. sul punto T. Milano 31 ottobre 2001, *OGL*, 2002, p. 136: «Per la sussistenza del carattere ingiurioso del licenziamento non è sufficiente il difetto di giustificazione dello stesso essendo, invece, necessaria la dimostrazione, da parte del lavoratore, ex art. 2097 c.c., che la forma della sua intimazione o altre caratteristiche abbiano in concreto causato al licenziato un danno lesivo del decoro, dell'onore o della dignità, cioè gli abbiano determinato delle conseguenze lesive sul piano sociale o morale». V. inoltre ultimamente, nel senso della necessità di prova da parte del lavoratore del danno professionale ulteriore, Cass. 13 luglio 2002 n. 10203, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003, fasc. 2, con nota di M. Lovo.

(310) Per questo ed altri rilievi critici circa l'apparato sanzionatorio indifferenziato ex art. 18 St. lav. v. F. Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit. nella nota 279; M. Brisciani, *Licenziamenti illegittimi: una proposta «conservativa»*, *DPL*, 2002, pp. 1643-1645.

(311) V. in proposito §§ 516, lett. n, e 517, lett. e.

(312) Per la tesi secondo cui, con la legge n. 108/1990, il regime della c.d. tutela obbligatoria assumere il carattere di norma generale, rispetto alla quale la tutela reale si pone come regime speciale applicabile nell'area delle imprese medio-grandi, v. M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991. Per la tesi opposta v. F. Mazziotti, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990 n. 108*, cit. nella nota 240, dove l'A. aggiorna, in riferimento alla nuova legge, l'elaborazione proposta nel suo saggio precedente (*Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982), attribuendo carattere «residuale» al regime meramente obbligatorio.

(313) Sul regime della tutela obbligatoria, oltre agli scritti citt. nella nota prec., v. M. Miscione, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, ne *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di F. Carinci, cit. nella nota 307, pp. 171-221; E. Balletti, *Riassunzione o risarcimento del danno*, ne *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990 n. 108*, a cura di G. Ferraro, cit. nella nota 283, pp. 84-104.

(314) La questione di costituzionalità della differenziazione degli effetti del licenziamento illegittimo a seconda delle dimensioni dell'azienda è stata respinta a più riprese dalla Corte costituzionale: v. tra le più recenti le sentenze del 19 febbraio 1996 n. 44 (*NGL*, 1996, p. 94) e del 7 febbraio 2000 n. 36, cit. nella nota 280.

(315) V. in questo senso M. Miscione, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit. nella nota 313, pp. 182-188. In giurisprudenza, nello stesso senso, v. ultimamente Cass. 26 febbraio 2002 n. 2846, *GC*, 2002, I, p. 955.

(316) Nel senso che l'indennità sostitutiva del preavviso non sarebbe dovuta, essendo assorbita dall'indennizzo, v. T. Firenze 11 giugno 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 142, con nota di G. Conte, *Licenziamento illegittimo nell'area della tutela obbligatoria: strumenti di tutela*. È invece pacifica l'esclusione del diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso quando, in regime di tutela reale, il licenziamento sia stato dichiarato nullo o annullato: v. Cass. 5 dicembre 1997 n. 12366, cit. nella nota 306.

(317) Cfr. U. Romagnoli, *Piccole imprese e grandi traumi*, *LD*, 1990, il quale osserva che la reintegrabilità anche nella piccola impresa «spiazza la *communis opinio* ... secondo la quale la tutela reale è strutturalmente incompatibile con la piccola dimensione occupazionale» (p. 525).

(318) V. ivi particolarmente note 328, 331 e 332.

(319) V. soprattutto F. Santoni, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, 1983; M.G. Mattarolo, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza. Profili generali*, Padova, 1983. Successivamente il tema è stato ripreso, anche con riferimento alla tipizzazione legislativa operata dalla norma del 1990, da G. Pera, *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti*, *RIDL*, 1991, I, pp. 455-472; F. Bano, *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni «non profit»*, Bologna, 2001, partic. pp. 39-59.

(320) Nel senso dell'esclusione dell'esenzione dalla tutela reale per le organizzazioni di tendenza che svolgano attività sostanzialmente imprenditoriale v. Cass. 29 ottobre 1998 n. 10826, *RIDL*, 1999, II, p. 644, con nota di A. Pilati, *Sull'applicabilità della tutela reale a un'attività gestita in forma d'impresa da un'organizzazione di tendenza*: nel caso specifico si trattava di servizio di alloggio e assistenza a disabili mentali, gestito dalle Acli di Bari su appalto conferito loro da una Unita sanitaria locale.

(321) Cfr., in riferimento a un ente svolgente attività di formazione professionale, del quale è stata confermata la qualificazione come organizzazione non imprenditoriale di tendenza, Cass. 16 settembre 1998 n. 9237 (*RIDL*, 1999, II, p. 638, con nota di A. Pizzoferrato, *Il regime del licenziamento nelle organizzazioni di tendenza*): «L'applicazione, nei confronti degli istituti privati di istruzione, della disciplina prevista per le cosiddette organizzazioni di tendenza ... presuppone l'accertamento in concreto ... dell'assenza, nel singolo istituto, di una struttura imprenditoriale e della presenza dei requisiti tipici dell'organizzazione di tendenza»; in precedenza P. Bologna 30 dicembre 1974, *GI*, 1975, I, 2, c. 895, con nota di A. De Santis Ricciardone, *Licenziamento da una scuola privata (prime note in materia di «imprese di tendenza»)*; Cass. 21 novembre 1991 n. 12530, cit. nella nota 324; Cass. S.U. 11 aprile 1994 n. 3353, *GI*, 1994, I, c. 1425, con ampia nota di S. Fatone, *Organizzazioni di tendenza ed attività imprenditoriale: tutela del lavoratore illegittimamente licenziato*, *ADL*, 1995, n. 1, p. 396, con nota di P. Olivelli, *Le organizzazioni di tendenza e la Cassazione*, *LG*, 1994, p. 2557, con nota di M.G. Mattarolo; P. Roma 23 maggio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 624, con nota di G. Bolego, *Sul licenziamento nelle scuole gestite da enti religiosi* (dove è stato qualificato come organizzazione di tendenza ai fini della disciplina dei licenziamenti un istituto scolastico gestito da ente religioso senza fini di lucro); Cass. 16 giugno 1994 n. 5832, *RIDL*, 1995, II, pp. 379, con nota di F. Santoni, *Libertà nella scuola. Interessi religiosi e potere di licenziamento nelle organizzazioni di tendenza*; Cass. 15 settembre 1995 n. 9734, *D&L*, 1996, I, p. 218; A. Roma 24 agosto 2001, *NGL*, 2002, p. 217. In proposito v. anche F. Mazziotti, *Lavoro ideologico e scuole private: un discutibile caso di licenziamento disciplinare*, *RGL*, 1994, I, pp. 433-457; G. Spagnuolo Vigorita, *Fini e organizzazione nell'impresa di tendenza. Scuola confessionale e licenziamento*, *LD*, 1995, pp. 223-284 (ivi tre pagine di riferimenti bibliografici in argomento).

(322) Recentemente è stata ritenuta assoggettabile al solo regime di tutela risarcitoria contro il licenziamento ingiustificato l'attività di fornitura di servizi di consulenza e assistenza agli iscritti da parte dell'Unione del Commercio e del Turismo della provincia di Livorno: Cass. 6 novembre 2001 n. 13721, *DL*, 2002, II, p. 186, con nota di F.M. Mantovani, *La Suprema Corte torna a pronunciarsi sull'applicabilità della tutela reale alle*

organizzazioni di tendenza, e *RIDL*, 2002, II, p. 631, con nota di M. Garattoni, *La Corte di Cassazione torna sulla questione del licenziamento nelle organizzazioni di tendenza*. In senso contrario, in riferimento agli «enti bilaterali» costituiti in numerosi settori da associazioni sindacali e imprenditoriali per la gestione di servizi di comune interesse, e in particolare alla Cassa edile, v. Cass. 11 luglio 2001 n. 9396, *NGL*, 2001, p. 772.

(323) Per l'interpretazione estensiva della norma, tale da ricomprendere nell'area dell'esenzione dalla tutela reale anche associazioni di questo genere, v. Cass. 22 novembre 1999 n. 12926, *RIDL*, 2000, II, p. 633, con nota di B. Granata, *Organizzazione di tendenza, contratto di lavoro subordinato e licenziamento individuale: il caso del Telefono Azzurro*.

(324) Cfr. ancora Cass. 16 settembre 1998 n. 9237, cit. nella nota 321; in precedenza, nello stesso senso, Cass. 21 novembre 1991 n. 12530, *RGL*, 1992, II, p. 142, con note dissensionanti di U. Natoli, *Per una nuova inquisizione?* e di L. Menghini, *Sui limiti di legittimità del licenziamento nelle organizzazioni di tendenza*; nonché *RIDL*, 1992, II, p. 264, con nota di M. Mariani, *Considerazioni sul licenziamento del dipendente*. La questione di legittimità costituzionale dell'esenzione dal regime di tutela reale per le organizzazioni di tendenza è stata ritenuta manifestamente infondata da Cass. 11 agosto 2000 n. 10640, *NGL*, 2001, p. 135.

(325) Sull'intera delicata questione v., anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, G. Pera, *Le organizzazioni di tendenza nella legge sui licenziamenti*, cit. nella nota 319, pp. 455-472, dove l'A., rilevato che l'esclusione dal regime della tutela reale opera anche quando il licenziamento non ha alcun collegamento con l'orientamento ideologico dell'organizzazione, giudica l'esclusione stessa eccessiva, prospettandone l'illegittimità costituzionale; Id., *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, pp. 77-87, dove l'A. propone ulteriori riflessioni, anche di segno diverso rispetto alle precedenti. Inoltre, più recentemente, A. Niccolai, ne *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, cit. nella nota 238, sub art. 10, pp. 600-609.

(326) Cass. 5 agosto 1996 n. 7176, cit. nella nota 326. Osservo tuttavia in proposito — dissentendo parzialmente dall'orientamento espresso da questa sentenza e richiamando gli argomenti svolti su questo punto nel § 526 — che, quando l'illegittimità del licenziamento derivi dal difetto di comunicazione del motivo, appare assai più logico applicare la sanzione comminata per il licenziamento ingiustificato: nel caso dell'organizzazione di tendenza, quindi, la sola tutela risarcitoria.

(327) Cfr. P. Roma 12 agosto 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 472, con nota di C. Corsinovi, *Ancora sul rapporto di lavoro a causa religiosa*.

(328) V. in questo senso C. cost. 23 novembre 1994 n. 398 (*RIDL*, 1995, II, p. 3, con nota di G. Pera, *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*): «anche se è ravvisabile nell'art. 44 della Costituzione un principio generale di favore per la piccola impresa ..., ciò non significa che per tale categoria di imprese debba essere ritenuta non operante la c.d. tutela reale a fronte di un licenziamento privo della essenziale forma scritta, tenuto conto anche dell'esigenza di evitare che, proprio a causa del più diretto rapporto con il datore di lavoro, questi finisca per trascurare elementi formali di essenziale valore riguardo all'atto di risoluzione del rapporto medesimo». Per la giurisprudenza ordinaria, nel senso della nullità «di diritto comune» del licenziamento orale o non accompagnato dalla comunicazione dei motivi, anche nell'area della piccola impresa, v. tra le altre P. Roma 28 novembre 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 673, con nota di A. Bolognesi, *La sanzione applicabile al licenziamento disciplinare intimato irritualmente: una prima «ribellione» alle S.U. della Cassazione*; Cass. 1° marzo 1996 n. 1596, *RIDL*, 1996, II, p. 881, con nota di P. Tullini, *Sugli effetti del vizio formale del licenziamento intimato nelle imprese minori: un problema ancora aperto*; Cass. 5 agosto 1996 n. 7176, cit. nella nota 326; T. Milano 14 giugno 2001, *D&L*, 2001, p. 1055, con nota non firmata, *Il licenziamento orale e gli aggiustamenti equitativi del regime dell'inefficacia*.

(329) Cass. S.U. 27 luglio 1999 n. 508, *MGL*, 1999, p. 1061, con nota di M. Papaleoni, *Area debole, vizi formali, regime applicabile*; *GC*, 1999, I, p. 2609, con nota di G. Giacalone, *Sul licenziamento affetto da vizio di forma per omessa indicazione dei motivi nei rapporti sottratti al regime della tutela reale* (titolo riportato solo nell'indice dell'annata); *RIDL*, 2000, II, p. 145, con nota di C. Ogriseg, *Licenziamento inefficace: mora credendi o inadempimento?*; *OGI*, 2000, p. 162, con nota di A. Manganaro, *Gli effetti della mancata indicazione dei motivi nel licenziamento*; Cass. 28 novembre 2001 n. 15065, *NGL*, 2001, p. 266.

(330) V. in questo senso Cass. S.U. 5 marzo 1991 n. 2324, *MGL*, 1991, p. 50; *FI*, 1991, I, c. 1100; *GC*, 1991, I, p. 831; Cass. 19 maggio 2001 n. 6879, mass.

(331) V. in questo senso Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497, *DL*, 1997, II, p. 306, e *OGI*, 1997, p. 153; P. Parma 18 giugno 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 371, con nota dissensionante di A. Vallebona, *«Inefficace» significa «efficace»: gli eccessi di tutela generano il paradosso*; T. Milano 30 maggio 1997 n. 5830 (a quanto mi consta inedita), secondo cui «è contra rationem ammettere, nel caso di licenziamento illegittimo per vizio di forma, una sanzione più grave di quella che conseguirebbe a un licenziamento illegittimo per carenza della causa giustificatrice»; T. Napoli 27 settembre 2001, *GLav*, 2002, n. 29, p. 36.

(332) V. ancora, in questo senso, C. cost. 23 novembre 1994 n. 398, cit. nella nota 328, che sancisce la differenza di conseguenze, nell'area delle aziende di piccole dimensioni, tra difetto di forma del licenziamento e difetto del procedimento disciplinare. Quanto alla giurisprudenza ordinaria, v. nello stesso senso Cass. S.U. 18 maggio 1994 n. 4844 e 26 aprile 1994 n. 3966, entrambe in *FI*, 1994, I, c. 2706; Cass. S.U. 26 aprile 1994 n. 3965, *RIDL*, 1995, II, p. 193, con nota di R. Del Punta; Cass. 3 aprile 1998 n. 3449, *MGL*, 1998, p. 683; Cass. 20 aprile 1998 n. 4014, *NGL*, 1998, p. 449; Cass. 27 giugno 1998 n. 6396, *NGL*, 1999, p. 221 («perché sarebbe illogico ricollegare a violazioni formali conseguenze diverse (e ben più gravi) di quelle derivanti dall'accertata insussistenza dell'illecito disciplinare»); T. Roma 11 gennaio 2001, *LG*, 2001, p. 694; T. Milano 30 maggio 2001, *D&L*, 2001, p. 1056. In riferimento specifico al caso del licenziamento intimato senza comunicazione tempestiva del motivo, v. nello stesso senso Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497, *NGL*, 1997, p. 64, *MGL*, 1997, p. 283, *GC*, 1997, I, p. 933, *GI*, 1997, I, c. 1483, dove si osserva che l'adempimento inerente alla comunicazione dei motivi costituisce «elemento esterno alla struttura negoziale e non già elemento essenziale e costitutivo dell'atto», quale è invece la forma scritta. In dottrina, v. in questo senso A. Niccolai, ne *I licenziamenti. Commentario*, a cura di O. Mazzotta, cit. nella nota 238, pp. 515-517.

(333) Nel senso della nullità del licenziamento per mancata comunicazione scritta dei motivi, Cass. S.U. 27 luglio 1999 n. 508, cit. nella nota 329; e in dottrina G. Vidiri, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, *MGL*, 2002, p. 219. Nel senso della nullità del licenziamento per difetto del procedimento disciplinare v. la nota seguente.

(334) In questo senso v., tra le altre, Cass. 17 gennaio 1998 n. 405, *NGL*, 1998, p. 198. In dottrina, L. Montuschi, *Il licenziamento disciplinare secondo il «diritto vivente»*, *RIDL*, 1996, I, p. 28.

(335) Nel senso della costituzionalità di questa norma v. C. cost. 5 marzo 1969 n. 27, *GCost*, 1969, p. 371. Per la tesi — assolutamente minoritaria — secondo cui la norma minerebbe soltanto l'inefficacia temporanea del licenziamento fino alla scadenza del termine di un anno dal matrimonio, v. T. Milano 3 aprile 1985, *L80*, 1985, p. 939. Viceversa, per la tesi secondo cui neppure la scadenza del periodo di malattia varrebbe a superare la presunzione del motivo discriminatorio del licenziamento, prima di un anno dalla data del matrimonio, v. Cass. 9 aprile 2002 n. 5065, *MGL*, 2002, p. 466, con nota di G. Gramiccia, *Licenziamento «per causa di matrimonio» ed esaurimento del periodo di comporta di malattia*.

(336) Cfr. soprattutto F. Mancini (G. Ghezzi, L. Montuschi, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. nella nota 212, sub art. 18, pp. 262-263 (dove l'A. sostiene l'applicabilità dell'art. 18 anche al licenziamento durante i periodi di inibizione per malattia o maternità; non però al licenziamento per causa di matrimonio); e M.G. Garofalo, ne *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, dir. da G. Giugni, cit. nella nota 272, sub art. 18: «la normativa contenuta nell'art. 18 appare dotata ... del carattere di generalità — e, quindi, appare dotata di forza espansiva — perché, da un lato, copre la grande maggioranza dei casi di invalidità del licenziamento e, dall'altro, il suo legame con la l. 604/66 non è strutturalmente necessitato» (p. 252). Ultimamente, nello stesso senso, G. Vidiri, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, cit. nella nota 333, p. 220.

(337) V. in questo senso Cass. 14 luglio 1984 n. 4144, *GC*, 1984, I, p. 3278, con nota di G. Mammone, *Termine di impugnazione e licenziamento di lavoratrice per causa di matrimonio o di maternità*; P. Roma 23 marzo 1993, *RIDL*, 1993, II, p. 866, con nota di A. Topo, *Unitarietà o complessità del regime sanzionatorio del licenziamento nullo: il licenziamento della lavoratrice madre*; Cass. 30 maggio 1997 n. 4809, *RIDL*, 1998, II, p. 146, con nota di A. Pizzoferrato, *Sul termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento della lavoratrice madre*.

(338) Rinvio al § 390 e ivi alla nota 138 per la tesi di R. Del Punta circa la distinzione del caso del licenziamento inefficace perché intimato a



lavoratore malato, da quello del licenziamento nullo perché motivato con la malattia del lavoratore in pendenza del contratto. Per la tesi che estende il regime di inefficacia temporanea anche al licenziamento della lavoratrice in occasione del matrimonio, v. T. Milano 3 aprile 1985, cit. nella nota 335.

(339) Cfr. Cass. 17 maggio 2002 n. 7227 (*D&G*, 2002, n. 27, p. 23, con nota di V. Turco, *Il rapporto con il lavoratore non sfugge ai principi generali sui contratti*; *GLav*, 2002, n. 28, p. 12, con nota di P. Scognamiglio, *Spetta al datore provare che l'azienda ha meno di quindici dipendenti*; *MGL*, 2002, p. 470, con nota di G. Mannacio, *L'onere probatorio sulle dimensioni dell'impresa*): «Il licenziamento illegittimo costituisce una forma di inadempimento contrattuale, governato dal principio generale di cui all'art. 1218 c.c. Ne consegue che, come in tutti i casi di inadempimento contrattuale, è il convenuto che deve dimostrare di avere adempiuto, ovvero di non avere potuto adempiere senza colpa».

(340) Cfr. G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 21, p. 78.

(341) V. in proposito A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, partic. pp. 131-137.

(342) V. ancora § 516 e le sentenze ivi citate.

(343) V. in questo senso Cass. 20 agosto 1991 n. 8973, cit. nella nota 22 al § 279. Ma v. anche le altre sentenze citt. nella stessa nota e nella precedente.

(344) Cfr. Cass. 14 novembre 1997 n. 11308 (*RIDL*, 1998, II, p. 590, con nota di M. Cattani, *Sulla nozione di impresa agricola e su questioni in materia di distribuzione dell'onere della prova ecc.*), dove si precisa peraltro che la prova circa l'*aliunde perceptum* può essere fornita anche dalla confessione del lavoratore; T. Milano 31 maggio 2001, *LG*, 2001, p. 943; Cass. 23 giugno 2001 n. 8621, mass.

(345) V. Cass. 11 marzo 1995 n. 2853, con il commento di G.L. Pinto, *La difficile prova: licenziamento orale o dimissioni*, cit. nella nota 33 al § 495.

(346) V. in questo senso soprattutto Cass. S.U. 4 marzo 1988 n. 2249, *GC*, 1988, I, p. 897, e *FI*, 1989, I, c. 840; Cass. 15 maggio 1997 n. 11092 (*RIDL*, 1998, II, p. 303, con nota di E. Opportuno, *Licenziamento, dimensioni dell'impresa, onere della prova*), dove si afferma che grava sul lavoratore l'onere di dimostrare l'applicabilità del regime di tutela reale, mentre sul datore di lavoro grava l'onere di dimostrare l'applicabilità del regime di licenziamento *ad nutum*; nello stesso senso Cass. 10 novembre 1999 n. 12492, *RIDL*, 2000, p. 555, con nota di M. Caro, *Ripartizione dell'onere della prova circa la tutela applicabile contro i licenziamenti, con riferimento a un caso di scissione societaria*. In dottrina in questo senso v. A. Vallebona, *L'onere della prova del numero dei dipendenti per l'applicazione della tutela reale contro il licenziamento*, *DL*, 1994, I, pp. 49-50.

(347) V. in questo senso Cass. 17 maggio 2002 n. 7227, cit. nella nota 339.

(348) V. in senso conforme A. Vallebona, *Appunti sul secondo licenziamento*, *RIDL*, 1994, II, pp. 409-410. In giurisprudenza Cass. 20 gennaio 1983 n. 551, *GC*, 1983, I, p. 1489; Cass. 16 aprile 1994 n. 3633, *RIDL*, 1995, II, p. 209, con nota di M. Pagni, *Rinnovabilità del licenziamento irritualmente intimato e tempestività dell'intimazione del secondo recesso*; Cass. 28 aprile 1995 n. 4743, *MGL*, 1995, p. 442; Cass. 12 luglio 2002 n. 10177, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003. In senso contrario v., in precedenza, Cass. 21 novembre 1990 n. 11218, *RIDL*, 1991, II, p. 449, con nota dissenziente di M. Papaleoni, *Ancora sulla reiterabilità del licenziamento disciplinare*; Cass. 20 dicembre 1983 n. 7501, *MGL*, 1984, p. 189, con nota dello stesso Papaleoni, *Licenziamento disciplinare: reintegrabilità e convalida*, dove si nega la possibilità di «convalida» del licenziamento disciplinare nullo per vizio formale, ma in riferimento a un caso di reiterazione del licenziamento nelle forme dovute. V. anche nota 350; inoltre nota 87 al § 383.

(349) Cfr. Cass. 18 novembre 1994 n. 9773, *RIDL*, 1995, II, p. 662, con nota di M. Caro, *Rinnovazione del licenziamento in base a fatti già conosciuti, ma non contestati, dal datore di lavoro al momento dell'intimazione del primo licenziamento poi annullato*; Cass. 15 ottobre 1998 n. 10204, *RIDL*, 1999, II, p. 826, con nota di P. Gobbi, *Le tre funzioni possibili della regola dell'immediatezza in materia disciplinare*.

(350) Cfr. ancora Cass. 18 novembre 1994 n. 9773, cit. nella nota prec.; inoltre Cass. 25 maggio 1995 n. 5735, *OGL*, 1996, p. 491: «l'annullamento giudiziale del licenziamento lascia integro il potere del datore di lavoro di infliggere per il medesimo fatto altra sanzione ritenuta più idonea senza che il suo ritardato esercizio leda il principio dell'immediatezza della contestazione».

(351) V. in questo senso Cass. 5 aprile 2001 n. 5092, *FI*, 2001, I, c. 2528, *NGL*, 2002, p. 85, e *MGL*, 2001, p. 1024 con nota di M. Tatarelli, *Il licenziamento reiterato quale atto senza causa* (v. anche nota 88 al § 483).

(352) Sulla tendenza della giurisprudenza di Cassazione più recente a considerare applicabile il regime legale di libertà del licenziamento soltanto ai rapporti di lavoro con dirigenti apicali v. § 183 e ivi le sentenze cit. nella nota 256, cui *adde* ora Cass. 12 novembre 1999 n. 12571, *RIDL*, 2000, II, p. 746, con nota di L. Venditti, *Recesso ad nutum e licenziamento del dirigente minore*. Nel senso che la disciplina di cui alla legge n. 604/1966 si applica anche ai comandanti di navi, salvo che il contratto collettivo attribuisca loro la qualifica dirigenziale (con ciò contraddicendosi l'orientamento «rigorista» manifestato dalla Corte di Cassazione negli ultimi anni, circa l'irrilevanza della «qualifica convenzionale» di dirigente attribuita al lavoratore dal contratto individuale o collettivo: v. ancora § 183), v. ultimamente Cass. 6 maggio 2002 n. 6448, mass.

(353) V. in questo senso soprattutto Cass. 14 maggio 1993 n. 5531, *RIDL*, 1994, II, p. 238, con nota di S. Bartalotta, *La nozione di «giustificata» nel licenziamento dei dirigenti*; nello stesso senso, in seguito, tra le altre, Cass. 12 ottobre 1996 n. 8934, *LG*, 1997, p. 423; Cass. 8 maggio 2001 n. 9715, *D&L*, 2002, p. 421, con nota di C. Messana, *Sull'applicabilità delle garanzie procedurali dell'art. 7 St. lav. al dirigente di vertice «declassato» e sul licenziamento del dirigente per ragioni di nepotismo*; Cass. 23 febbraio 2002 n. 2639, *NGL*, 2002, p. 361; Cass. 3 aprile 2002 n. 4729, *FI*, 2002, I, c. 1681, dove, tra l'altro, per la prima volta la Corte afferma la legittimità della pattuizione che consente il licenziamento del dirigente per mancato conseguimento di determinati risultati; Cass. 1° agosto 2002 n. 11477, *GLav*, 2002, n. 44, p. 25: «non giustificato è il licenziamento per ragioni meramente pretestuose, al limite della discriminazione».

(354) Questo è vero anche se sovente, in riferimento al licenziamento del dirigente come in riferimento al licenziamento regolato dalla legge n. 604/1966, si leggono massime dalle quali parrebbe trarsi che per giustificare il licenziamento basterebbe una perdita attesa di qualsiasi entità: v. in proposito § 516, lett. a e giurisprudenza ivi cit.; inoltre Cass. 20 novembre 2001 n. 14604, cit. nella nota 192.

(355) Cfr. Cass. 9 maggio 1996 n. 4328 (*RIDL*, 1997, II, p. 106, con nota di L. Calafà, *Sull'uso processuale di documenti fotocopiati da dipendente bancario*), cit. anche, per altra parte del suo contenuto, nella nota 187 al § 467): «la valutazione della gravità dell'illecito (cui deve proporzionarsi la sanzione) deve anche rapportarsi alla qualità e all'importanza delle mansioni proprie del lavoratore: il giudizio di valore è più negativo per i soggetti in elevata posizione funzionale, quali i dirigenti ed ispettori, che non per chi svolge funzioni meramente esecutive nel quadro generale dell'organizzazione dell'azienda».

(356) Accordo 27 aprile 1995 per i dirigenti delle aziende industriali.

(357) V. in proposito Cass. 9 febbraio 1990 n. 937 e Cass. 12 novembre 1991 n. 12041, *MGL*, risp. 1990, p. 156, e 1992, p. 23; nella seconda sentenza si chiarisce che il fatto di essere stati licenziati per riduzione del personale nell'ultimo anno precedente alla nuova assunzione non dà ai lavoratori interessati un diritto soggettivo all'assunzione, bensì soltanto alla collocazione privilegiata nella graduatoria per l'avviamento al lavoro (la fattispecie è precedente all'abolizione totale della norma che imponeva l'avviamento al lavoro su richiesta numerica e in base a graduatoria formulata dall'ufficio di collocamento: v. § 27).

(358) Poiché la disciplina speciale del licenziamento collettivo, come vedremo a suo luogo (§ 539), non si applica ai licenziamenti per fine lavori nel settore edile, si discute se in questo settore debba considerarsi esclusa anche l'applicazione della regola della precedenza per la riassunzione entro l'anno dal licenziamento: nel senso dell'esclusione v. Cass. 19 febbraio 2000 n. 1943, *MGL*, 2000, p. 663; nel senso opposto Cass. 8 febbraio 2000 n. 1410, *ivi*.

(359) Questo accordo viene talvolta indicato con la data del 21 aprile 1950, nella quale esso venne siglato soltanto provvisoriamente dalle quattro confederazioni: v. in proposito *Gli accordi interconfederali di lavoro dal 1944 al 1954*, Roma, 1955, p. 143, nt. 12.

(360) Sulla discutibile distinzione tra parte normativa e parte obbligatoria del contratto collettivo v. § 63. In riferimento alla materia dei licenziamenti collettivi è particolarmente evidente l'opinabilità di questa distinzione, dal momento che anche il rapporto tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali territoriali può essere inteso come un rapporto «fra terzi» rispetto a quello che corre tra i soggetti firmatari del contratto collettivo. Vedremo tra breve, tuttavia, come questa distinzione abbia assunto in questa materia un rilievo di primo piano, nel momento in cui si è trattato di distinguere la

parte del contratto collettivo suscettibile di essere recepita in decreto delegato a norma della legge Vigorelli, e la parte non suscettibile.

(361) C. cost. 8 febbraio 1966 n. 8, *RGL*, 1966, II, p. 1.

(362) Mentre, come vedremo a suo luogo, la norma sui criteri di scelta è stata sostituita da quella omologa contenuta nella legge n. 223/1991 (§ 541), la norma sul diritto di precedenza non risulta essere mai stata abrogata: essa, dunque, così come quella sulla stessa materia contenuta nell'art. 15 della legge n. 264/1949, ora richiamata dall'art. 8 della l. n. 223/1991, deve considerarsi tuttora in vigore. Entrambe le disposizioni erano state riprese anche nell'accordo interconfederale 5 maggio 1965 «sui licenziamenti per riduzione del personale»: senza alcuna modifica quella sul diritto di precedenza per la riassunzione (art. 5), mentre quella sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare riduceva i criteri stessi ai tre seguenti: «esigenze tecniche e produttive; anzianità; carichi di famiglia» (art. 2, u. c.). La parte più innovativa dell'accordo interconfederale del 1965 era quella che prevedeva l'istituzione di un trattamento di disoccupazione speciale per i lavoratori che avessero subito un licenziamento collettivo: trattamento che sarebbe stato poi effettivamente istituito dalla legge 5 novembre 1968 n. 1115 (§ 370).

(363) È rimasta isolata la tesi sostenuta in proposito da G. Pera nella relazione introduttiva del convegno fiorentino dell'Aidlass del 1968 (*I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit. nella nota 179; tesi riproposta dallo stesso A. in un altro convegno fiorentino di quattro anni successivo: *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale*, cit. nella stessa nota, pp. 23-24), secondo la quale il secondo comma dell'art. 11 della legge del 1966 avrebbe dovuto interpretarsi nel senso della sola sanzione dell'insindacabilità della scelta imprenditoriale relativa alle dimensioni dell'organico aziendale, mentre avrebbe dovuto considerarsi soggetto al controllo del giudice e all'apparato sanzionatorio predisposto dalla stessa legge il nesso logico tra la scelta di riduzione dell'organico e il licenziamento del singolo lavoratore.

(364) L'emanazione della direttiva faceva seguito al caso di una grande impresa multinazionale tedesco-olandese, la *Akzo*, che, operando con unità produttive distribuite in diversi Stati membri della Comunità e avendo deciso di procedere alla soppressione di cinquemila posti di lavoro nel quadro di una profonda ristrutturazione aziendale, aveva distribuito i licenziamenti tra i vari Paesi tenendo conto del diverso costo che ciascun ordinamento nazionale imponeva per tale operazione, così dando luogo alla sollecitazione nei confronti della Comunità, da parte dei Paesi penalizzati, per un intervento normativo che imponesse un'armonizzazione delle normative nazionali sulla materia. V. in proposito R. Blanpain, M. Colucci, *Il diritto comunitario del lavoro ed il suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 2000, p. 427. Per la comparazione degli ordinamenti europei in questa materia v. la relazione di E. Vogel-Polsky cit. nella nota 373; l'intervento di R. Rebhan, su *Licenziamenti collettivi e mobilità in Austria*, in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Milano, 1991, pp. 221-227; C. Spinelli, *I licenziamenti collettivi in Europa: il quadro comparato*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, *QDLRI*, 1997, n. 19, pp. 179-201; AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, cit. nella nota seg.

(365) La direttiva lasciava, come tuttora lascia, agli Stati membri la scelta tra: a) il criterio quantitativo secondo cui si configura un licenziamento collettivo quando nell'arco di 30 giorni vengono licenziati almeno 10 lavoratori in stabilimenti che occupano abitualmente più di 20 e meno di 100 lavoratori; almeno il 10% dei lavoratori in stabilimenti che occupano abitualmente almeno 100 lavoratori e meno di 300; almeno 30 lavoratori negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 300 lavoratori; e b) il criterio secondo cui si configura un licenziamento collettivo quando nell'arco di 90 giorni vengono licenziati almeno 20 lavoratori, quali che siano le dimensioni dell'unità produttiva interessata. Sulle modifiche della disciplina comunitaria della materia apportate successivamente dalla direttiva n. 56/1992 v. *infra* in questo paragrafo. Sulla disciplina comunitaria dei licenziamenti collettivi, oltre alla trattazione di R. Blanpain e M. Colucci, cit. nella nota prec., v. tra gli scritti più recenti M.G. Garofalo, P. Chieco, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, pp. 1-37 (ivi anche gli scritti di diversi Autori stranieri sulla disciplina della materia, rispettivamente in riferimento agli ordinamenti belga, francese, tedesco, spagnolo e britannico); F. Pocar, I. Viarengo, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, pp. 327-332; M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2002<sup>3</sup>, pp. 302-312.

(366) Fui testimone diretto — fortemente critico — dell'elaborazione del progetto da parte di un gruppo di esperti collaboratori delle tre confederazioni sindacali maggiori; il progetto venne poi tradotto in legge con modifiche soltanto formali, nel quadro politico della «solidarietà nazionale» che caratterizzò la VII legislatura.

(367) V. in proposito, tra i numerosi commenti, L. Mariucci, *I licenziamenti «impossibili»: crisi aziendali e mobilità del lavoro*, *RTDPC*, 1979, pp. 1360-1433 e ivi partic. §§ 5-8; M. Magnani, *La mobilità interaziendale del lavoro. Profili giuridici*, Milano, 1984, partic. pp. 160-210; L. Galantino, *I licenziamenti collettivi*, Milano, 1984, cap. III: «dai licenziamenti collettivi ai trasferimenti collettivi» (pp. 203-288).

(368) Rinvio in proposito al mio *Il collocamento impossibile*, Bari, 1982, partic. pp. 24-26.

(369) Questi venivano di volta in volta previsti da «legging» mirate alla soluzione di crisi occupazionali di determinati settori o persino di determinate imprese; v. ad es. gli artt. 1 e 3 della legge 5 dicembre 1986 n. 856, che menziona l'impresa interessata addirittura nel proprio titolo: *Norme per la ristrutturazione della flotta pubblica (Gruppo Fimmare) e interventi per l'armamento privato* (sui relativi problemi di applicazione v. Cass. 26 marzo 1994 n. 2963, *RIDL*, 1995, II, p. 683, con commento di C. Saisi, *Brevi note sulla disciplina dell'esodo del personale esuberante delle società di navigazione del Gruppo Fimmare*).

(370) V. in proposito l'ampia panoramica proposta da M. D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, *RIDL*, 1987, I, pp. 226-292. Sulla soppressione del CIPI ad opera della legge 24 novembre 1993 n. 537, v. nota 62 al § 555.

(371) «Art. 37 (*Rientro del lavoratore in azienda in caso di esito negativo della procedura di mobilità*). — Quando sia stata attivata la procedura di mobilità e non si sia verificato l'avviamento al lavoro, il lavoratore, al termine del periodo di integrazione salariale, e comunque non oltre il ventiquattresimo mese dal suo inizio, in virtù del mantenimento del rapporto di lavoro con l'azienda di appartenenza, rientra nell'azienda stessa con la possibilità di essere adibito anche a mansioni diverse da quelle da ultimo espletate, ma professionalmente ad esse equivalenti, senza alcuna diminuzione della retribuzione, salvo che l'azienda sia stata alienata o chiusa, o che sia in corso una procedura fallimentare».

(372) C. Giust. 8 giugno 1982, nella causa n. 91/81, *FI*, 1982, IV, c. 353, con nota critica di O. Mazzotta; C. Giust. 6 novembre 1985, nella causa n. 131/84, *FI*, 1986, IV, c. 109.

(373) Nel contesto politico-legislativo descritto si colloca il convegno romano dell'Aidlass del gennaio 1990 su *Licenziamenti collettivi e mobilità* (atti pubblicati sotto lo stesso titolo, Milano, 1991), aperto dalle relazioni di M.G. Garofalo, *Eccezioni di personale e conflitto: profili giuridici*, S. Magrini, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, ed E. Vogel-Polsky, *Approche comparative et européennes des licenciements collectifs*.

(374) V. in proposito B. Granata, *Le direttive comunitarie in materia di licenziamenti collettivi e l'ordinamento italiano*, ne *I licenziamenti collettivi*, *QDLRI*, 1997, n. 19, pp. 159-178; inoltre ultimamente, con particolare attenzione all'attività interpretativa della Corte di Giustizia e alla sua influenza sulla giurisprudenza italiana, R. Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002, pp. 178-198.

(375) Su questo aspetto come quello maggiormente caratterizzante della legge n. 223/1991, ma anche sul suo carattere di norma aperta alle integrazioni prodotte dall'autonomia collettiva, v. M. Cinelli, *La riforma del mercato del lavoro nella legge n. 223 del 1991, tra razionalizzazione e compromesso*, e F. Liso, *Il ruolo dei poteri pubblici e privati nella nuova legge di riforma del mercato del lavoro, ne Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa. Commentario alla L. 23 luglio 1991 n. 223*, a cura di M. Cinelli, Torino, 1993, pp. 3-50. Sull'evoluzione della nozione e della disciplina del licenziamento collettivo, fino all'approdo della legge n. 223/1991, v. la panoramica proposta da G. Zilio Grandi, *La nozione di licenziamento collettivo*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 413-439.

(376) Cfr. P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi. Nuova disciplina*, *EGT*, 1999, dove si osserva che il nostro legislatore, «abbassando la soglia del numero minimo di recessi e allungando l'arco temporale massimo di riferimento [rispetto a quelli indicati dalla direttiva], ha mostrato di prediligere una soluzione tale da «attrarre» nella disciplina dei licenziamenti collettivi recessi che, altrimenti, secondo le quantità numerico-temporali indicate dal legislatore comunitario, sarebbero ricaduti nell'area dei licenziamenti individuali» (p. 3 dell'estratto).

(377) V. in proposito i risultati dell'ampia ricerca svolta dall'Ocde, cit. nella nota 7: alla fine degli anni '90 il grado di rigidità delle normative nazionali in materia di licenziamento collettivo — determinato in una scala da 0 a 5 in riferimento all'ampiezza della nozione di licenziamento

collettivo, agli adempimenti formali e di preavviso necessari, alla durata della procedura e agli altri costi dell'operazione — era valutato 4,1 in Italia (collocata al 24° posto nella graduatoria di flessibilità dei 27 Paesi occidentali considerati: all'ultimo posto, in quella graduatoria, la Svezia, con grado di rigidità 4,5); 3,8 in Messico; 3,3 in Austria e in Grecia; 3,1 in Germania, Francia, Spagna e Danimarca; 2,9 in Gran Bretagna e negli U.S.A.; 2,8 nei Paesi Bassi; 2,6 in Australia; 1,5 in Giappone; 0,4 nella Nuova Zelanda (dalla tabella riassuntiva dei risultati in materia di licenziamenti collettivi, p. 67).

(378) Sul punto v. M.G. Garofalo, P. Chieco, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, cit. nella nota 365, p. 12; P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376, p. 5 dell'estratto. La questione ha dato luogo a un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (P. Roma 6 ottobre 1997, *RGL*, 1998, II, p. 597, con nota di F. Scarpelli, *La disciplina italiana dei licenziamenti collettivi davanti alla Corte di Giustizia: l'applicazione ai datori di lavoro non imprenditori*, e *DL*, 1999, II, p. 20, con data 18 ottobre 1997 e con nota di I. Cimatti, *Sulla nozione di datore di lavoro nella legislazione sul licenziamento collettivo*), ma non a una decisione della stessa Corte, essendo stata conciliata tra le parti la controversia che aveva dato origine al rinvio.

(379) Nella graduatoria di flessibilità delle discipline nazionali in materia di licenziamenti individuali, risultante dalla ricerca dell'Ocde cit. nella nota 7, quella italiana figura al 23° posto su 27, mentre la disciplina italiana dei licenziamenti collettivi figura al 24° della rispettiva graduatoria..

(380) Cfr. sul punto S. Magrini, *Il licenziamento collettivo ecc.*, *LI*, 1997, n. 2, p. 8.

(381) In questo senso e orientata la dottrina largamente prevalente: v. tra gli altri G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit. nella nota 325, pp. 37-38; A.L. Mora, ne *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di L. Galantino, Torino, 1993, pp. 195-197; U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione del personale*, *DLRI*, 1994, p. 213; D. Gottardi, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1995, pp. 98-108; A. TOpo, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996, pp. 53-57; S. Magrini, *Il licenziamento collettivo nella giurisprudenza sulla L. 223/91*, cit. nella nota prec., pp. 6-7; P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376, pp. 5-8 dell'estratto; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2000<sup>2</sup>, pp. 396-398. In senso contrario — per cui il licenziamento dei lavoratori precedentemente collocati in C.i.g.s. sarebbe soggetto alla procedura di mobilità soltanto in quanto esso risponda ai requisiti di cui all'art. 24 — v. invece la voce quasi del tutto isolata di R. Del Punta, *Sulla fattispecie di licenziamento collettivo, ne Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, a cura di M. Cinelli, cit. nella nota 375, p. 129; Id., *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni, R. Del Punta, M. Mariani, *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, p. 241. In giurisprudenza, sulla specialità della fattispecie ex art. 4, 1° c., rispetto a quella di cui all'art. 24, v. Cass. 11 novembre 1998 n. 11387, *RIDL*, 1999, II, p. 665, con nota di M. Palla, *Impossibilità di garantire il reimpiego ai lavoratori in C.i.g.s. e scelta dei dipendenti da porre in mobilità*; esplicitamente nel senso della duplicità delle fattispecie di licenziamento alle quali si applica la procedura di cui all'art. 4, v. Cass. 17 ottobre 2002 n. 14736, mass. in *MGL*, 2002, p. 877, e in corso di pubblicazione per esteso in *RIDL*, 2003.

(382) Si registrano però alcune decisioni di merito nel senso della computabilità anche delle dimissioni incentivate ai fini del requisito numerico di cui all'art. 24: P. Milano 28 giugno 1994, *D&L*, 1995, p. 320; P. Verona 26 gennaio 1995, *D&L*, 1995, p. 879; e ultimamente Cass. 17 ottobre 2002 n. 14736, cit. nella nota prec., della quale v. la massima riportata nella nota 385.

(383) Così, tra gli altri, S. Magrini, *Il licenziamento collettivo nella giurisprudenza sulla L. 223/91*, cit. nella nota 381, pp. 7-8; O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 159, p. 649. Nello stesso senso P. Milano 16 gennaio 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 197, con nota adesiva di G. Conte, *Sulla rilevanza dell'intenzione iniziale del datore di lavoro ai fini dell'identificazione del licenziamento collettivo* (ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi).

(384) T. Trani 15 febbraio 2002 (*LG*, 2002, p. 448, con nota di D. Carpagnano, *Sull'impossibilità di modificare la natura del licenziamento da collettivo a individuale*), secondo cui, ai fini della qualificazione del licenziamento come collettivo assume valore decisivo l'intenzione inizialmente manifestata dal datore di lavoro con l'apertura della procedura, anche se poi il numero dei licenziamenti risulterà inferiore a cinque per effetto delle cessazioni di rapporto ottenute mediante dimissioni incentivate o risoluzioni consensuali.

(385) In questo senso, v. R. Del Punta, *I licenziamenti per riduzione del personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, *LD*, 1994, pp. 131-132; P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376: «l'elemento intenzionale ... ha, nell'economia complessiva della disciplina, una finalizzazione essenzialmente procedurale che non esclude affatto la ricostruzione (ex post) della fattispecie mediante sommatoria di almeno cinque licenziamenti effettuati dall'impresa in un arco temporale ... non superiore a centoventi giorni» (p. 7 dell'estratto). In giurisprudenza v. ultimamente in questo senso Cass. 17 ottobre 2002 n. 14736, cit. nella nota 381: «Le dimissioni di alcuni lavoratori, ancorché agevolate da provvidenze e incentivi, non possono essere equiparate al licenziamento ai fini del computo dei recessi necessari per l'attivazione della procedura... di cui alla legge n. 223/1991».

(386) L'esclusione del licenziamento di dirigenti dal computo trova solido fondamento nel nono comma dell'art. 4, dove è detto esplicitamente che la procedura si riferisce soltanto all'eccedenza di organico relativa a operai, impiegati e quadri. In questo senso v. S. Magrini, *Il licenziamento collettivo ecc.*, cit. nella nota 381, p. 9.

(387) Il riferimento all'organico complessivo aziendale nell'ambito del territorio provinciale risolve in modo semplice e chiaro — ancorché difforme rispetto al criterio per l'applicazione della normativa sui licenziamenti individuali (§ 522) — la questione relativa alla nozione di «stabilimento», per l'applicazione del criterio quantitativo di individuazione del licenziamento collettivo, che si pone in riferimento alla direttiva comunitaria: v. in proposito, anche per i riferimenti alla confusa giurisprudenza comunitaria sul punto, R. Blanpain, M. Colucci, *Il diritto comunitario del lavoro ecc.*, cit. nella nota 364, pp. 429-432. Sul campo di applicazione della direttiva comunitaria e della disciplina speciale di cui alla legge n. 223/1991 v. la rassegna critica di dottrina e giurisprudenza di L. Corazza, *L'ambito di applicazione e le ipotesi escluse dalla legge*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 439-446.

(388) V. in quest'ultimo senso F. Liso, *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, *LI*, 1991, n. 17, p. 7; G. Ferraro, *Crisi aziendale e mobilità*, *RGL*, 1992, I, p. 44; R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 381, p. 279; P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376, p. 6 dell'estratto.

(389) P. Pisa-S. Miniato 15 luglio 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 340; Cass. 12 novembre 1999 n. 12592, *RIDL*, 2000, II, p. 376, con nota di S. Bartalotta, *Licenziamenti collettivi e dimensioni dell'impresa*. Per la tesi secondo la quale, invece, in materia di licenziamento collettivo occorre applicare lo stesso criterio di computo che si applica per l'individuazione del regime applicabile al licenziamento individuale v. P. Parma 1° febbraio 1993, *RIDL*, 1993, II, p. 600, con nota di M. Mariani, *Sul numero dei dipendenti dell'azienda necessario perché possa parlarsi di licenziamento collettivo*.

(390) Cfr. M. D'Antona, *Licenziamenti collettivi e riduzioni di personale. Le linee generali della nuova disciplina*, *LI*, 1991, n. 22, p. 20.

(391) V. in proposito il caso curioso descritto da F. Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 364, pp. 38-39, cui si riferiscono P. Milano 22 marzo 1993, *OGL*, 1993, p. 442, e T. Milano 16 marzo 1994, *LG*, 1994, p. 1072.

(392) V. in questo senso G. Pera, *I licenziamenti collettivi, ne Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, a cura di M. Cinelli, cit. nella nota 375, p. 89; S. Giubbboni, *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa dopo la legge n. 223 del 1991*, ivi, pp. 149-153; R. Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 364, pp. 15-17. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. 12 ottobre 1999 n. 11455, *OGL*, 1999, p. 1062, e *GC*, 2000, I, p. 51; Cass. 22 aprile 2002 n. 5828, *GLav*, 2002, p. 28.

(393) Sulla nozione di licenziamento per fine lavoro nelle costruzioni edili v. Cass. 26 settembre 1998 n. 9657, *RIDL*, 1999, II, p. 407, con nota di A. Pizzoferrato, *Il licenziamento per fine lavoro nelle costruzioni edili*; Cass. 22 giugno 2000 n. 8506, *RIDL*, 2001, II, p. 377, con nota di M. Marinelli, *Licenziamento per fine lavoro nell'edilizia*.

(394) Cass. 12 maggio 1997 n. 4146, *RIDL*, 1997, II, p. 851, con nota nettamente dissidente di F. Mutarelli, *Cessazione dell'attività di impresa fallita e obbligo di svolgere la procedura ex artt. 4 e 24, l. n. 223/1991*. Nel senso dell'applicabilità della procedura di mobilità v., in dottrina, S. Liebman, *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, *DRI*, 1995, pp. 32-33; G. Villani, *Relazioni industriali e procedure concorsuali*, Torino, 1996, partic. pp. 168-186.

(395) Per una applicazione di questa esclusione, in riferimento a un licenziamento plurimo attuato dall'Enaip, v. T. Teramo 30 maggio 2002, *GLav*,

2002, n. 31, p. 33.

(396) Sulla procedura di mobilità v. fra le numerose trattazioni disponibili quelle di C. Zoli, *La procedura*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 364, pp. 71-91, e di M. Miscione, *La procedura di mobilità*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, cit. nella nota 13, pp. 446-470: ivi i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza precedenti in proposito.

(397) V. tra le altre Cass. 18 novembre 1997 n. 11465, cit. nella nota 439. V. però, per un orientamento meno severamente formalistico, P. Milano 16 maggio 1995, *OGL*, 1995, p. 404; T. Milano 13 luglio 1996, *OGL*, 1996, p. 328; T. Milano 15 novembre 1997, *OGL*, 1997, p. 1083. Per una critica convincente dell'eccessiva severità formalistica dell'orientamento giurisprudenziale dominante v. L. Montuschi, *Procedure e forme: comunicare e bello?*, *ADL*, 2000, pp. 651-668 e partic. 656-658.

(398) V. in proposito, tra le altre, Cass. 30 ottobre 1997 n. 10716, *DPL*, 1998, p. 746: ivi in nota ulteriori riferimenti giurisprudenziali specifici; e ultimamente T. Napoli 23 maggio 2002, *MGL*, 2002, p. 855, con nota di G. Iacone, *Un profilo del controllo giudiziale della procedura di mobilità*. Sugli obblighi di informazione nei confronti delle organizzazioni sindacali gravanti anche in riferimento ai dati rilevanti inerenti all'attività di società collegate, v. P. Milano 29 giugno 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 106, con nota di F. Scarpelli, *Licenziamenti collettivi, diritti di informazione, imprese collegate*.

(399) Per un caso in cui è stato qualificato come comportamento antisindacale il rifiuto di discutere dei criteri di scelta che sarebbero stati applicati, P. Benevento 6 agosto 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 411, con nota di A. Vallebona, *Questioni sulla procedura per il licenziamento collettivo*. Sull'onere gravante sul datore di lavoro, desumibile anche dal principio di correttezza, di informare le controparti nel corso della procedura sullo spostamento di personale da un reparto interessato al progettato licenziamento a un reparto immune, v. Cass. 13 luglio 1998 n. 6867, *RIDL*, 1999, II, p. 390, con nota di G. Mammone, *Trasferimento introaziendale del lavoratore nel corso di procedura di riduzione di personale e correttezza dell'esercizio del potere imprenditoriale*.

(400) Si registra su questo punto una (isolata) pronuncia della Pretura di Milano (10 febbraio 1993, *RIDL*, 1993, II, p. 597, con nota di R. Del Punta, *Sulla procedura amministrativa per i licenziamenti collettivi dislocati in province diverse*) secondo la quale l'accentramento della fase amministrativa della procedura presso il ministero non è dovuto quando non sia stato attivato l'intervento straordinario della C.i.g.s.: è stato pertanto ritenuto corretto il comportamento dell'imprenditore che, per un licenziamento collettivo dislocato in province di diverse regioni, aveva effettuato le rispettive comunicazioni e svolto gli incontri conseguenti davanti ai diversi Uffici del lavoro.

(401) Per un caso in cui il licenziamento collettivo è stato ritenuto invalido per contrasto con una dichiarazione sottoscritta dall'imprenditore nel corso della procedura preventiva, nella quale si dava atto della possibilità di diversa soluzione del problema di eccedenza di personale, v. P. Roma 6 aprile 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 425, con nota di P. Lambertucci, *Licenziamento collettivo illegittimo e relative sanzioni*.

(402) V. tra le altre Cass. 26 luglio 1996 n. 6759, *RIDL*, 1997, II, p. 628, con nota di D. Cagetti, *Sull'obbligo di comunicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo e sulle conseguenze del suo inadempimento*, e Cass. 27 maggio 1997 n. 4685, *RIDL*, 1998, II, p. 620, con nota di G. Martinucci, *Licenziamenti collettivi e vizi procedurali: problemi interpretativi in merito alle conseguenze sanzionatorie*, entrambe sulla necessità della indicazione precisa dei criteri di scelta e delle relative modalità di applicazione; Cass. 18 novembre 1997 n. 11465, cit. nella nota 439: «Si ha violazione della procedura di cui alla l. n. 223/1991, e quindi inefficacia dei licenziamenti operati, nel caso in cui l'impresa abbia omesso nella comunicazione di apertura della procedura qualsiasi indicazione relativa alla impraticabilità di misure alternative ai licenziamenti, al numero, alla collocazione aziendale e ai profili professionali del personale eccedente o non abbia inviato la comunicazione sui lavoratori collocati in mobilità e sulle modalità di applicazione dei criteri di scelta, alle organizzazioni sindacali e alla Commissione regionale per l'impiego»; Cass. 17 gennaio 1998 n. 419, *DPL*, 1998, p. 1477: «i licenziamenti ... sono inefficaci ... qualora nella comunicazione agli uffici competenti e alle organizzazioni sindacali prevista dal comma nono dell'art. 4 ... vi sia soltanto una formale indicazione di criteri di scelta, ripetitiva di quelli già fissati nel comma primo dell'art. 5, e manchi invece la puntuale indicazione delle modalità con le quali i detti criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità sono stati concretamente applicati nei singoli casi»; Cass. S.U. 11 maggio 2000 n. 302, *RIDL*, 2001, II, p. 777, con nota di M.P. Monaco, *Sezioni unite della Corte di Cassazione e interpretazione sistematica degli artt. 1, settimo comma e 8, l. n. 223/1991: l'aggiunta del non detto*; Cass. S.U. 27 giugno 2000 n. 461, *RIDL*, 2001, p. 144, con nota di M. Papaleoni, *Le S.U. ritornano su mobilità e obblighi di comunicazione*. V. però, in senso contrario all'inefficacia del licenziamento nel caso di omissione della comunicazione della lista dei licenziati all'Ufficio del lavoro e alla Commissione regionale per l'impiego, Cass. 20 novembre 1996 n. 10187, *RIDL*, 1997, II, p. 624, con nota di V. Marino, *Procedure di consultazione sindacale nei licenziamenti collettivi e omissione delle formalità previste dalla legge*. Per ulteriori riferimenti sul punto v. la rassegna di A. Boscati, *Le comunicazioni finali, in Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 496-500.

(403) V. Cass. S.U. 11 maggio 2000 n. 302, *ADL*, 2000, p. 761; Cass. 6 luglio 2000 n. 9045, *RIDL*, 2001, II, p. 573, con nota di R. Salomone, *Licenziamento collettivo: gli obblighi di forma nella comunicazione del recesso al lavoratore e il controllo sulla giustificazione dei motivi*. In dottrina v. sul punto L. Montuschi, *Procedure e forme: comunicare e bello?*, cit. nella nota 397, pp. 663-668.

(404) In proposito v., fra le numerose trattazioni disponibili, R. Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 392, pp. 20-23; F. Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, cit. nella nota 391, pp. 51-52; E. Gragnoli, *Licenziamenti collettivi e criteri di scelta*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 364, pp. 93-128; S. Liebman, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, *LG*, 2002, pp. 820-824. V. inoltre la rassegna critica della dottrina e della giurisprudenza in proposito di C. Sunna, *I criteri di scelta*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 471-484.

(405) Sulle modalità di applicazione di questa regola v. Cass. 14 maggio 1998 n. 4886, *RIDL*, 1999, II, p. 385, con nota di D. Cagetti, *Licenziamento collettivo e lavoratori invalidi assunti in regime di collocamento obbligatorio* (la sentenza chiarisce che «il licenziamento può estendersi ai lavoratori assunti per collocamento obbligatorio, anche se per effetto di tale provvedimento l'aliquota di posti ad essi riservata per legge rimanga scoperta», purché essa tale rimanga nella stessa proporzione in cui era scoperta prima della riduzione del personale); Cass. 3 febbraio 2000 n. 1201, *GC*, 2001, I, p. 3067; Cass. 15 febbraio 2002 n. 2188, cit. nella nota 417.

(406) Cfr. Cass. 24 gennaio 2002 n. 809 e Cass. 3 aprile 2002 n. 4736, cit. nella nota 412, dove la *ratio* del vincolo dei criteri di scelta è individuata nell'esigenza «d'individuare i lavoratori più forti sul mercato del lavoro e di evitare discriminazioni in danno del singolo lavoratore».

(407) Per uno studio assai interessante sulle determinanti dell'applicazione generalizzata della regola della *seniority* nel sistema statunitense v. M. Golden, *Heroic Defeats: The Politics of Job Loss*, Cambridge (Mass.), 1997, partic. pp. 173-189, dove si sottolinea come detta regola sia, per un verso, gradita alle organizzazioni sindacali in quanto costituisce una garanzia contro l'utilizzazione del licenziamento collettivo in chiave di discriminazione antisindacale; ma in qualche misura utile, per altro verso, anche alle imprese: a questo proposito l'A. propone una serie di argomenti riferiti al «mercato endo-aziendale» del lavoro e della produttività.

(408) Così Cass. 15 luglio 1995 n. 7708, *RIDL*, 1996, II, p. 424, con nota di M. Franco, *Le modalità di applicazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi prima e dopo la l. n. 223 del 1991*, dove si precisa che i criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia devono applicarsi per la scelta del lavoratore o i lavoratori da licenziare nel gruppo di quelli, tra loro obiettivamente fungibili, preventivamente individuati secondo il criterio delle esigenze tecnico-organizzative aziendali; Cass. 4 febbraio 1998 n. 1150, *RIDL*, 1999, II, p. 189, con nota di G. Conte, *Questioni in tema di licenziamento collettivo: «Le esigenze tecnico-produttive, primario criterio di scelta dei lavoratori da licenziare, impongono che la selezione del personale esuberante avvenga per fasce omogenee di professionalità essendo questo il solo modo per non privare l'azienda di specifici apporti professionali, senza che rilevi in quale fase della produzione interviene l'apporto del lavoratore licenziato né la sua categoria o livello contrattuale»*; nello stesso senso Cass. 3 febbraio 2000 n. 1201, cit. nella nota 405.

(409) P. Bologna 6 aprile 1992, *RIDL*, 1992, II, p. 1012, con nota di L. Guaglione, *Criteri di scelta dei lavoratori da licenziare per riduzione del personale e art. 5 l. n. 223/1991*, dove è stata affermata, peraltro sulla base di un'argomentazione ermeneutica assai discutibile, «la prevalenza del fattore dei carichi di famiglia su tutti gli altri e quella del fattore dell'anzianità rispetto all'esigenza aziendale di maggior rendimento del lavoratore». V. anche P. Milano 11 febbraio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 179, con nota di B. Mangiacavalli, *Licenziamento collettivo, criteri di scelta e giustificato*

*motivo oggettivo*, dove è stata ritenuta illegittima l'applicazione del solo criterio delle esigenze tecnico-produttive.

(410) Nel senso della priorità del criterio dell'anzianità di servizio rispetto a quello dei carichi di famiglia v. Cass. 15 luglio 1995 n. 7708, cit. nella nota 408. In senso esattamente contrario P. Bologna 6 aprile 1992, *RIDL*, 1992, II, p. 1012, cit. nella nota prec. Nel senso che l'opzione in proposito deve essere esplicitata dal datore di lavoro v. Cass. 1° aprile 1999 n. 3140, *RIDL*, 1999, II, p. 862, con nota di V. Marino, *Ancora sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*: nell'ipotesi in cui i soggetti da comparare ... siano in posizioni diverse rispetto a due dei criteri di scelta, cioè favoriti per l'anzianità e sfavoriti per i carichi di famiglia, o viceversa, il riferimento all'applicazione congiunta dei due criteri, senza l'esplicitazione di criteri di ponderazione che rendano comparabili dati non omogenei, non è sufficiente a dar conto dell'applicazione dei criteri stessi».

(411) Così Cass. 22 giugno 1999 n. 6357, *RIDL*, 2000, II, p. 189, con nota di L. Corazza, *Ambito di comparazione e criteri di scelta: osservazioni sulla coerenza degli accordi ex art. 5, l. n. 223/1991*; Cass. 18 dicembre 2001 n. 15993, *OGI*, 2002, p. 142.

(412) Cass. 24 gennaio 2002 n. 809, *FI*, 2002, I, c. 691 (con massima fuorviante), e Cass. 3 aprile 2002 n. 4736, *NGL*, 2002, p. 518, e in corso di pubblicazione in *MGL* con nota di R. Del Punta, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*: «l'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità può essere ristretta in ambito più limitato rispetto al "complesso aziendale" a cui fa riferimento l'art. 5 della legge n. 223 del 1991, non in forza di una determinazione unilaterale del datore di lavoro, ma solo ove la predeterminazione del campo di selezione (reparto, stabilimento ... e/o singole lavorazioni o settori produttivi) sia giustificata dalle esigenze tecnico-produttive e organizzative che hanno dato luogo alla riduzione del personale» (in applicazione di questo principio, entrambe le sentenze citate hanno ritenuto censurabile la sentenza di merito che, nel quadro della valutazione circa l'ambito di applicazione dei criteri di scelta, aveva ritenuto violati tali criteri in un caso in cui il datore di lavoro aveva operato il confronto soltanto all'interno di un dato profilo professionale e non dell'intera gamma dei profili afferenti a una categoria definita dal contratto collettivo). In precedenza, nello stesso senso, T. Milano 8 settembre 1993, *RIDL*, 1991, II, p. 580, con nota di M. Caro, *Sull'ambito entro cui si applicano i criteri di scelta dei licenziandi in caso di licenziamento collettivo*: «La selezione dei lavoratori da licenziare per ristrutturazione aziendale non può essere effettuata mettendo a confronto il personale dell'intera azienda, né il personale del solo reparto che si intende smantellare, dovendosi invece mettere a confronto tutti i lavoratori addetti all'unità produttiva in cui tale reparto è inserito e che svolgono mansioni omogenee».

(413) In questo senso, fra le altre, Cass. 10 giugno 1999 n. 5718, *RIDL*, 2000, II, p. 189, dove peraltro si precisa che la delimitazione dell'ambito di applicazione deve essere debitamente motivata; e ultimamente Cass. 24 gennaio 2002 n. 809, *NGL*, 2002, p. 233, dove si ammette la possibilità che l'area di applicazione dei criteri di scelta venga ristretta a un ambito delimitato rispetto all'intera azienda, quando ciò sia giustificabile in relazione a determinate esigenze tecnico-organizzative.

(414) V. in proposito quanto osservato nel § 516, lett. d ed e.

(415) È invece assai diffusa la negoziazione, o sperimentazione unilaterale da parte delle imprese, di schemi di incentivazione all'esodo che prevedono indennizzi differenziati secondo l'anzianità di servizio e i carichi di famiglia. Molto diffuso nel nord-Italia lo schema  $(12 + A) \cdot R$ , oppure  $(12 + 1/2A + 2F) \cdot R$ , dove per A si intende il numero degli anni di servizio, per F il numero dei familiari a carico e per R l'ultima retribuzione mensile.

(416) Cfr. su questo punto Cass. 4 febbraio 1998 n. 1150, cit. nella nota 408, e A. Milano 20 dicembre 2001, *OGI*, 2002, p. 827, dove si afferma che per la determinazione del gruppo professionalmente omogeneo occorre avere riguardo, più che all'inquadramento formale dei lavoratori, alla loro «reale capacità professionale e cioè a quello che essi fanno o non fanno fare». V. però anche Cass. 18 novembre 1997 n. 11465, cit. nella nota 439, dove è stata censurata «la sentenza di merito che, in mancanza di una qualsiasi delimitazione, da parte aziendale, dell'ambito entro cui si sarebbe verificata l'eccedenza di personale, [aveva] limitato la verifica dell'osservanza dei criteri di scelta ai soli lavoratori (dieci nel caso) inquadrati nello stesso livello del ricorrente e non anche al totale dei dipendenti (ventinove nel caso) dell'azienda». Sulla ovvia necessità che i criteri siano applicati uniformemente nei confronti di tutti i lavoratori interessati v. Cass. 10 luglio 2002 n. 100058, *MGL*, 2002, p. 794, con nota di C. Timellini, *Il concorso dei criteri di scelta convenzionali nell'ipotesi di soppressione della posizione lavorativa*.

(417) V. in questo senso Cass. 29 maggio 1998 n. 5358, *RIDL*, 1999, II, p. 222, con nota di E. Gragnoli, *Licenziamenti collettivi, illegittimità dell'accordo sindacale, operatività dei criteri legali di scelta e onere della prova*; Cass. 15 febbraio 2001 n. 2188, *RGL*, 2001, II, p. 62. Per la tesi secondo cui invece l'onere della prova circa la violazione dei criteri di scelta graverebbe sul lavoratore v. F. Toffoletto, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Milano, 2000, p. 295.

(418) Cass. 29 maggio 1998 n. 5358, cit. nella nota prec.; Cass. 15 febbraio 2002 n. 2188 (*GI*, 2002, I, 1, c. 1400, con nota di G. Rigano): «Il datore di lavoro ha l'onere di provare di aver individuato i lavoratori da licenziare nel rispetto dei criteri di scelta, attraverso allegazioni nella comparsa di costituzione, con il correlativo corredo istruttorio. Viceversa, le contestazioni del lavoratore licenziato circa i propri titoli prioritari per la conservazione del rapporto di lavoro assumono il valore di fatti costitutivi di secondo grado, da dedurre nella prima difesa utile, in replica alle difese del datore di lavoro convenuto, e cioè normalmente in limine dell'udienza di discussione».

(419) Cass. 29 novembre 1999 n. 13346, *RIDL*, 2000, II, p. 791, con nota di M.L. Vallauri, *Ambito aziendale interessato dalla riduzione del personale, individuazione dei criteri di scelta applicabili e obbligo di repêchage*.

(420) C. cost. 30 giugno 1994 n. 268, *RIDL*, 1995, II, p. 237, con nota di E. Manganiello, *Legge e autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la Consulta introduce il controllo di ragionevolezza*.

(421) Per una rassegna critica in proposito v. G. Zampini, *L'accordo sindacale e gli oneri economici per l'impresa*, in *Diritto del lavoro*.

*Commentario dir.* da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 485-496; P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376, pp. 19-20 dell'estratto.

(422) Per questo orientamento in dottrina v. soprattutto G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit. nella nota 325: «gli accordi sindacali non dovrebbero avere campo per disciplinare, normativamente, in maniera del tutto autonoma e libera. Al contrario questi accordi dovrebbero essere intesi come mera specificazione dei criteri di legge nel concreto complesso aziendale, soprattutto con l'individuazione delle esigenze aziendali specifiche; fermo che queste determinazioni possono sempre essere impuginate, in una con il licenziamento, dal lavoratore che si ritenga ingiustificatamente licenziato» (p. 45).

(423) V. P. Chieco, *op. e loc. cit.* nella nota 421.

(424) In questo senso v. F. Liso, *Il ruolo dei poteri pubblici e privati ecc.*, cit. nella nota 375, pp. 48-49; F. Mazziotti, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in *Integrazioni salariali eccedenze di personale e mercato del lavoro*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti, F. Santoni, Napoli, 1992, il quale, a sostegno dell'efficacia generale dei criteri contrattati, osserva che «non è ... ammissibile che un lavoratore venga licenziato, a causa dell'applicazione dei criteri contrattuali, solo perché iscritto al sindacato, mentre non lo sarebbe stato in mancanza dell'iscrizione, con l'applicazione dei criteri legali».

(425) Cfr. C. cost. 30 giugno 1994 n. 268, cit. nella nota 420: «La disposizione ... non prevede alcun potere sindacale di deroga a norme imperative di legge, bensì sostituisce alla determinazione unilaterale dei criteri di scelta, originariamente spettante all'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo, una determinazione concordata con i sindacati maggiormente rappresentativi; essa tende a "procedimentalizzare" l'esercizio di un potere imprenditoriale» (in motivazione, p. 238).

(426) V. P. Torino 27 maggio 1993, *MGL*, 1993, p. 311, con nota di S. Flgurati, *Osservazioni sulla legittimità degli accordi di cui all'art. 5 della legge 23 luglio 1991 n. 223* (la questione di costituzionalità sollevata con questa sentenza è stata, peraltro, respinta da C. cost. 30 giugno 1994 n. 268, cit. nella nota 420); P. Firenze 21 ottobre 1993, *TLG*, 1993, p. 584. Per ulteriori riferimenti in proposito v. O. Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, cit. nella nota 238, pp. 674-676.

(427) Così Cass. 23 marzo 1998 n. 3057, *RIDL*, 1999, II, p. 197, con nota di L. Marra, cit. nella nota 430.

(428) In questo senso v. Cass. 24 marzo 1998 n. 3133, cit. nella nota 430; Cass. 24 aprile 1999 n. 4097, cit. nella nota 431; Cass. 10 giugno 1999 n. 5718, cit. nella nota 430.

- (429) Cass. 20 dicembre 2001 n. 16107, *GLav*, 2002, n. 12, p. 25. In senso contrario v. invece Cass. 24 aprile 1999 n. 4097, cit. nella nota 431 e, in dottrina, M. D'Antona, nel *Commentario della legge 23 luglio 1991 n. 223*, a cura di M. Persiani, *NLCC*, 1994, sub art. 5, p. 928.
- (430) Nel senso della legittimità di un accordo che aveva previsto l'applicazione del solo criterio delle esigenze tecnico-produttive aziendali v. P. Livorno 2 agosto 1993, *RIDL*, 1994, II, p. 574, con nota di R. Del Punta, *Sui criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*; Cass. 24 marzo 1998 n. 3133, *GC*, 1998, I, p. 2603, e *RIDL*, 1999, II, p. 197, con nota di L. Marra, *Sui requisiti della pattuizione collettiva in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*. V. anche Cass. 13 settembre 2002 n. 13393, *GLav*, 2002, n. 47, p. 45, dove si è ritenuto che il giudice possa compiere opera di interpretazione integrativa, alla stregua del criterio di buona fede, dell'accordo che preveda soltanto un criterio in sé legittimo, ma insufficiente. A maggior ragione è legittimo l'accordo che dà soltanto la prevalenza al criterio delle esigenze aziendali: Cass. 10 giugno 1999 n. 5718, cit. nella nota 413; Cass. 29 novembre 1999 n. 13346, cit. nella nota 419. In dottrina v. le interessanti osservazioni svolte sul punto da D. Gottardi, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit. nella nota 381, pp. 133-135.
- (431) In senso favorevole al criterio che comporta la licenziabilità prioritaria del lavoratore che possa fruire di un trattamento pensionistico, anche di anzianità, v. Cass. 3 febbraio 2000 n. 1201, cit. nella nota 405; Cass. 28 luglio 2000 n. 9956, *RIDL*, 2001, II, p. 579, con nota di M. Caro, *Ammissibilità e tecnica di applicazione del criterio del prepensionamento per la scelta dei lavoratori da porre in mobilità*. In senso contrario P. Milano 28 novembre 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 377, con nota dissenziente di G. Pera, *Licenziamento, per riduzione del personale, dei lavoratori prossimi al pensionamento*. V. inoltre Cass. 24 aprile 1999 n. 4097 (*RIDL*, 1999, II, p. 866, con nota di C. Marasciuolo, *Sulla prossimità al trattamento pensionistico quale criterio di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità*), dove si afferma che «non integra un criterio di obiettività la regola di immettere nelle liste di mobilità i lavoratori in grado di acquisire nei successivi tre anni il diritto alla pensione, senza specificare il tipo di pensione» (di anzianità o di vecchiaia).
- (432) Nel senso della illegittimità dell'accordo che prevede il licenziamento dei lavoratori già collocati in Cassa integrazione, v. P. Torino 3 maggio 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 370, con nota di L. Marra, *Ancora sui limiti dell'autonomia collettiva nella determinazione dei criteri di scelta per i licenziamenti collettivi*; P. Torino 8 marzo 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 636, con nota di G. Zilio Grandi, *Ancora una decisione negativa sui c.d. «accordi fotografia» in tema di criteri di scelta ex art. 5, l. n. 223/1991*; Cass. 11 novembre 1998 n. 11387, cit. nella nota 381, dove la tesi della illegittimità del criterio della preventiva collocazione in Cassa integrazione è argomentata con l'osservazione che tale provvedimento non è soggetto ai criteri di scelta di cui all'art. 5. In senso favorevole alla validità di un accordo di questo genere v. invece Cass. 24 marzo 1998 n. 3133, cit. nella nota 430.
- (433) In senso contrario all'ammissibilità di questo criterio v., prima della legge n. 223/1991, P. Milano 7 agosto 1986, *L80*, 1987, p. 229; in seguito cfr. Cass. 22 aprile 1992 n. 4814, *OGI*, 1992, p. 700.
- (434) Cfr. P. Benevento 6 agosto 1994, cit. nella nota 399; Cass. 20 novembre 1996 n. 10187, cit. nella nota 402.
- (435) Cfr. M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, ne *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. Carinci, cit. nella nota 307, secondo il quale deve essere «respinta la logica ... per cui licenziando una persona per volta è giusto rispettare regole di ferro, mentre licenziando insieme più di una persona sarebbe possibile rispettare regole meno rigorose o non rispettarne affatto» (p. 307).
- (436) V. in questo senso, tra gli altri, F. Mazziotti, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, cit. nella nota 424, pp. 131-133, il quale sostiene pertanto l'applicabilità, anche nel caso del licenziamento collettivo, della normativa sul controllo del giustificato motivo dettata per il licenziamento individuale; P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376, pp. 24-27 dell'estratto (ivi ulteriori riferimenti).
- (437) V. in questo senso, tra gli altri, G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit. nella nota 325, partic. pp. 32-35; Id., *I licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 392, p. 89; F. Liso, *Il ruolo dei poteri pubblici e privati nella nuova legge ecc.*, cit. nella nota 375, pp. 39-45: «Nel nostro caso ... non si va al di là di un semplice obbligo di consultazione ... un semplice vincolo procedimentale. Qui ... ci si trova dinanzi ad un obbligo che rappresenta solo una complicazione di un processo decisionale che parte non scalfito nella sua unilateralità e che origina da una sfera di potere rimasta inalterata nei suoi contenuti essenziali» (p. 45);
- (438) Oltre agli scritti cit. nella nota prec., v. F.D. Mastrangeli, *Requisiti sostanziali del licenziamento collettivo e controllo giudiziale*, ne *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, a cura di M. Cinelli, cit. nella nota 375, p. 162; A. Topo, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, cit. nella nota 381, partic. pp. 76-81 (ma — se ben intendo il pensiero dell'A. — in riferimento al solo licenziamento collettivo ex art. 24, non in riferimento a quello dei lavoratori in Cigs, di cui all'art. 4: v. § 537); R. Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, cit. nella nota 392: «Certamente il crinale fra un sindacato sul rifiuto immotivato di soluzioni alternative ed un sindacato sul rifiuto *tout court* di dette soluzioni è molto sottile, e nondimeno non dovrebbe essere superato, se si ritiene che nella legge non vi sia alcuna concessione ad un'accezione dell'*extrema ratio*, incentrata su un obbligo sostanziale di ricorrere, prima del licenziamento collettivo, a tutte le possibili misure alternative» (pp. 18-19; v. anche l'ultimo paragrafo dello scritto, pp. 23-27); F. Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, cit. nella nota 391, partic. p. 46; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit. nella nota 381, pp. 414-415. Per la giurisprudenza v. Cass. 12 ottobre 1999 n. 11455, cit. nella nota 392: «In materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale la legge 23 luglio 1991 n. 223, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata proceduralizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, a un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinatarie di decisivi diritti di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimento di azienda. I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo), ma la correttezza procedurale della operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di una indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva».
- (439) V. ad es. Cass. 18 novembre 1997 n. 11465 (*RIDL*, 1998, II, p. 627, con nota di M.L. Vallauri, *Controllo sulla giustificazione del licenziamento collettivo e ambito applicativo dei criteri di scelta*), la quale ha cassato una sentenza di merito che «si era limitata a riportare le causali di recesso adotte dall'impresa senza minimamente riscontrarle sul piano probatorio e senza dar rilievo, al fatto che di cinque lavoratori [dichiarati] eccedenti soltanto il ricorrente era stato licenziato, e che poco prima era stato assunto e adibito alle medesime mansioni svolte dal dipendente un lavoratore più giovane».
- (440) Cfr. P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376: «Con la legge 23 luglio 1991 n. 223, il legislatore italiano ha posto in essere un disegno di razionalizzazione del mercato del lavoro tutto incentrato sulla volontà di tenere distinte le ipotesi di eccedenze temporanee di personale da quelle definitive: le une gravitanti nell'orbita della (riformata) Cassa integrazione guadagni, le altre destinatarie della disciplina delle riduzioni di personale» (p. 1 dell'estratto). In giurisprudenza, Cass. 4 febbraio 1998 n. 1150, cit. nella nota 408, dove si sottolinea il «carattere non transitorio» che l'esigenza di riduzione dell'organico deve avere per giustificare il licenziamento. La massima di quest'ultima sentenza mostra con evidenza quanto penetrante sia il controllo di merito che si domanda al giudice sulla scelta imprenditoriale: si ritiene infatti corretto che egli desuma quella non transitorietà «da più elementi», di carattere economico-finanziario o tecnico-produttivo, «quali il succedersi di un periodo prima di recessione e poi di stasi della produzione, il mutamento delle tecniche di produzione e del tipo di prodotti, il continuo ricorso per una parte rilevante delle maestranze alla C.i.g.».
- (441) In dottrina v. in questo senso M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, ne *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. Carinci, cit. nella nota 307, p. 341. In giurisprudenza, nello stesso senso, oltre alla sentenza cit. nella nota prec., v. Cass. 18 novembre 1997 n. 11465, cit. nella nota 439.
- (442) Cfr. in proposito la seconda parte della massima di Cass. n. 11465/1997, cit. nella nota 439, massima peraltro comune a numerosissime

sentenze: dopo avere ritualmente ribadito l'insindacabilità delle scelte dell'imprenditore, la Corte afferma che «il giudice, investito della legittimità del licenziamento, deve [soltanto] accertare l'imprescindibile nesso eziologico tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso». Ma quel nesso eziologico non è mai «imprescindibile»: esso è sempre legato a valutazioni di opportunità, fondate sul confronto tra la prevedibile produttività dei diversi lavoratori suscettibili di essere mantenuti in servizio o licenziati; valutazioni nelle quali il giudice deve quindi, in tutto e per tutto sostituirsi all'imprenditore. Il controllo di merito che deve essere esercitato dal giudice sulle scelte organizzative dell'imprenditore sottostanti al licenziamento collettivo risulta ancora più esplicitamente dalla sentenza 15 febbraio 2001 n. 2188, cit. nella nota 417, secondo la quale quel controllo comporta «una valutazione comparativa delle posizioni dei dipendenti potenzialmente interessati al provvedimento [di licenziamento collettivo], quanto meno con riferimento alle situazioni raffrontabili per livello di specializzazione».

(443) V. note 438-441.

(444) Sul trattamento di mobilità v. E. Balletti, *Indennità di mobilità*, in *Integrazioni salariali eccedenze di personale e mercato del lavoro*.

*Commento sistematico alla l. 223/1991*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti, F. Santoni, cit. nella nota 424, pp. 167-200. Inoltre l'ampia trattazione e rassegna di dottrina e giurisprudenza di S. Giubboni, *La mobilità e la disoccupazione*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 521-556.

(445) L'art. 8, c. 8°, della legge 19 luglio 1993 n. 236 precisa tuttavia, in via di interpretazione autentica, che l'omissione del versamento di questo acconto «non comporta la sospensione della procedura di mobilità» né «la perdita, da parte dei lavoratori interessati, del diritto di percepire l'indennità di mobilità». Nello stesso senso v. P. Modena 16 luglio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 691, con nota di A. Pilati, *Sull'efficacia del licenziamento collettivo nonostante l'inadempimento contributivo del datore di lavoro*.

(446) V. tra gli altri sul punto F. Mazziotti, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, cit. nella nota 424, p. 116; G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit. nella nota 325, p. 38.

(447) Sulle sanzioni civili che colpiscono ciascuna irregolarità del licenziamento collettivo v. la trattazione analitica di S. Slataper, *Irregolarità della procedura e sanzioni*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 13, pp. 500-519: ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito.

(448) P. Milano 11 marzo 1999, *RIDL*, 2000, II, p. 200, con nota di M.L. Vallauri, *Problemi applicativi dell'art. 17 della l. n. 223/1991*.

(449) Cass. S.U. 11 maggio 2000 n. 302, cit. nella nota 402; Cass. S.U. 27 giugno 2000 n. 461, cit. nella stessa nota.

(450) Cass. S.U. 27 giugno 2000 n. 461, cit. nella nota 402, in motivazione: § X.4.

(451) V. in proposito P. Chieco, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 376, pp. 27-30 dell'estratto; V. Luciani, «Centralismo» e «garantismo» nella mobilità del lavoro pubblico, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 364, pp. 129-155.