

NOTA ISRIL ON LINE

N° 25 - 2012

LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI NELLA RIFORMA FORNERO

Presidente prof. Giuseppe Bianchi
Via Piemonte, 101 00187 – Roma
gbianchi.isril@tiscali.it
www.isril.it

istituto
di studi sulle relazioni
industriali e di lavoro



LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI NELLA RIFORMA FORNERO di Francesco ALVARO¹

1. Premessa.

Il 27 giugno 2012, il Parlamento ha approvato la legge di riforma del mercato del lavoro presentata dal Ministro del Lavoro, Elsa Fornero, con la quale si vengono a modificare, rispetto alla vigente normativa, numerosi aspetti del rapporto di lavoro, attinenti alle forme contrattuali c.d. flessibili, agli ammortizzatori sociali, ai licenziamenti, individuali e collettivi, alle dimissioni.

Si tratta di un complesso di interventi oggetto di ampio e aspro dibattito tra le forze politiche e sociali. Interventi salvifici e incentivanti l'occupazione e gli investimenti esteri, per taluni, e, per altri, di scarso contenuto innovativo dei rapporti lavoro-impresa fin qui conosciuti, tanto da costituire una "boiata", secondo la definizione del Presidente della Confindustria, pubblicata il 20 giugno scorso.

In questo *bailamme* di letture, interpretazioni e ricostruzioni di quel che sarà, o meglio, di quel che si vorrebbe che fosse la riforma del lavoro, qui vengono avanzati alcuni motivi di riflessione in merito alla riforma dei licenziamenti, la quale, certamente, ha rappresentato e rappresenta l'aspetto che, più degli altri, è stato ed è oggetto di dibattito e discussione anche a livello mediatico, in quanto, certamente, più di tutte le altre, tocca la sensibilità dei lavoratori.

Visti i profondi tempi di crisi che stiamo attraversando, il lavoratore oggi vive drammaticamente il rischio di perdere il posto di lavoro, senza neanche esser messo nelle condizioni di sapere se, potenzialmente, quel posto di lavoro, qualora illegittimamente venuto meno, gli potrà essere restituito, per decisione del giudice. Vive, cioè, senza avere alcuna certezza sulla permanenza nel nostro ordinamento della reintegrazione nel posto di lavoro.

Inoltre, rispetto alla vecchia normativa, la nuova legge di riforma del lavoro introduce ulteriori elementi di incertezza nel processo decisionale del datore di lavoro nella definizione del rapporto lavorativo, giacché non offre punti fermi intorno alle conseguenze che la sua decisione di licenziare un lavoratore potrà generare sul piano economico e organizzativo dell'impresa.

Nella nuova normativa, maggior rilievo sembra assumere la figura del Giudice, il quale, però, si viene a trovare nella non facile posizione di dover intervenire e giudicare avendo a riferimento una normativa dai contorni incerti e baluginanti.

Da questo quadro di incertezze discende una molteplicità di interrogativi, quali: esiste ancora il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro? Relativamente a quali fattispecie la reintegrazione trova applicazione? A quanto ammonterà, dopo la riforma, il risarcimento del danno da illegittimo licenziamento? Tale risarcimento sostituisce la reintegrazione nel posto di lavoro o si aggiunge alla stessa? La forma d'irrogazione del recesso è rimasta invariata? Quali saranno le modalità d'impugnazione del licenziamento? In cosa consiste il nuovo rito

¹ Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Avvocato del Foro di Firenze

processuale introdotto nel giudizio di opposizione avverso il recesso ritenuto illegittimo?

Sono domande, queste, che, investendo l'essenza del rapporto lavoro-impresa-Società, meritano in primo luogo adeguate e chiare risposte sul piano politico, perché la mancanza di chiarezza sul piano politico-decisionale non può che generare un assetto tecnico-giuridico pieno di incertezze e di venature contraddittorie, quale quello che sembra emergere dalla riforma dei licenziamenti proposta dalla legge in esame.

*

2. Esiste ancora la reintegrazione nel posto di lavoro?

Il regime ante riforma

Sul diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, la riforma ha inteso intervenire partendo dal presupposto che un'eccessiva rigidità in uscita costituisce un ostacolo all'incremento occupazionale, in quanto il superamento delle soglie numeriche previste dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (15 dipendenti in ambito comunale o di sede, filiale, stabilimento o unità produttiva, oppure 60 dipendenti a livello nazionale), comportando, in presenza di un licenziamento illegittimo, l'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro, diviene ostativa alla volontà datoriale di risolvere i vari rapporti di lavoro.

Ad oggi, infatti, giusta l'applicazione dell'art. 18, St. Lav., un licenziamento illegittimo, nullo ed inefficace, è tutelato con il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, il quale garantisce il diritto del dipendente:

- alla ricostituzione del rapporto di lavoro, con effetti dal giorno della sua interruzione;
- a percepire le retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione, detratto il c.d. *aliunde perceptum* e, cioè, l'eventuale reddito percepito per lo svolgimento, *medio tempore*, di un'altra attività lavorativa, subordinata o autonoma;
- alla regolarizzazione contributiva, mediante il versamento della dovuta contribuzione maturata, parametrata sulla retribuzione maturata.

L'applicazione della norma riguarda i casi in cui il recesso viene dal datore di lavoro irrogato per fatto imputabile al lavoratore e, quindi, intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, e riguarda anche i casi in cui la risoluzione avvenga per giustificato motivo oggettivo e, quindi, a fronte di una ragione tecnica, organizzativa o produttiva ascrivibile alle condizioni aziendali.

Ancora: la norma in commento, nel suo assetto antecedente alla riforma, trovava applicazione in ogni ipotesi di violazione formale relativa alla formulazione o della formalizzazione del licenziamento, così come prescritte sia dall'art. 2, L. n. 604/1966, relativamente alle modalità di comunicazione delle motivazioni fondanti il recesso per g.m.o., sia dall'art. 7 St. Lav., in merito al procedimento presupposto dell'irrogazione del licenziamento disciplinare (cioè per fatto imputabile a negligenza o inadempimento del prestatore di lavoro).

Inoltre, l'obbligo di reintegrazione, giusto il disposto dell'art. 3, L. n. 108/1990, trovava sempre applicazione, indipendentemente dalle dimensioni occupazionali del datore di lavoro, qualora il licenziamento fosse stato disposto per motivi discriminatori o ritorsivi.

Il regime post riforma

Le proposte di modifica della normativa vigente avanzate dalla Legge Fornero introducono una pluralità di diversificate sanzioni all'illegittimo licenziamento.

La reintegrazione nel posto di lavoro, infatti, viene garantita, e ciò indipendentemente dalla consistenza numerica aziendale, soltanto nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio o ritorsivo. In simile fattispecie rientrano, per espresso richiamo legislativo, di cui alla nuova formulazione del 1° comma dell'art. 18: a) i licenziamenti intimati in concomitanza col matrimonio, ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, come previsto dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198; b) in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni; c) i casi di nullità previsti dalla legge o determinati da un motivo illecito, ai sensi dell'articolo 1345 del c.c..

Nella nuova legge, invece, in tutte le ipotesi in cui il licenziamento dovesse essere viziato dall'illegittimità e, quindi, dall'insussistenza della ragione apposta a suo fondamento, sia essa inerente ad un giustificato motivo soggettivo od oggettivo, oppure alla giusta causa, la tutela riconosciuta al lavoratore risulta diversificata, in quanto il legislatore, a seconda dei casi, riconosce o meno, il diritto alla reintegrazione.

Infine, nelle ipotesi di violazioni formali commesse dal datore di lavoro nella procedura di irrogazione del recesso, la tutela può essere c.d. forte o c.d. debole, e, quindi, reintegratoria o risarcitoria, in relazione al tipo ed alla natura della violazione commessa.

La vera novità della proposta di Legge Fornero, quindi, non è costituita dall'abolizione *sic et simpliciter* del principio della reintegrazione nel posto di lavoro, ma dal fatto che il principio non trova un fermo e oggettivante riferimento applicativo, giacché la reintegrazione viene a costituire solo una delle possibili tutele riconosciute al lavoratore illegittimamente licenziato.

*

3. La tutela nel licenziamento intimato per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa

In tutte le ipotesi di licenziamento intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, e, quindi, nelle ipotesi in cui il recesso è disposto per fatto imputabile all'illegittima o negligente condotta del lavoratore, l'alternativa fra tutela reale e tutela obbligatoria non è il frutto e la conseguenza di una chiara scelta legislativa, posta in essere attraverso l'elencazione dettagliata delle ipotesi o fattispecie idonee ad ingenerare una o l'altra tutela, essendo, nei fatti, rimessa alla valutazione discrezionale del magistrato chiamato a dirimere la controversia.

Di qui, preoccupazioni e perplessità, in quanto, non solo tale scelta rende prive di certezza le sorti e la tutela accordata ad un lavoratore licenziato, ma, aspetto ancor più rilevante, tende ad appesantire in maniera eccessiva l'ambito di discrezionalità del giudicante che, stante la difficile interpretazione, conseguenza dell'astrattezza del dettato legislativo, è sprovvisto di qualsiasi elemento utile a

dettarne e definirne i confini di una ragionevole e oggettivante certezza entro cui ricondurre la scelta diretta a tutelare il dipendente.

Una lettura dell'art. 18, così come innovato, chiarirà meglio simile perplessità.

Il nuovo comma 4 dell'art. 18 St. Lav., dispone che *"Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro"*, oltre al risarcimento del danno di cui si parlerà nel prosieguo della trattazione.

L'innovato comma 5 della medesima disposizione, però, contraddicendo, in apparenza, quello precedente, dispone che: *"Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento (della sola) indennità risarcitoria"*.

Dal combinato disposto dei suddetti commi emerge che un lavoratore, affinché possa ambire alla reintegrazione, deve dimostrare di aver subito un licenziamento:

- a) che si pone come conseguenza di una condotta che, seppur contestata dal datore di lavoro, risulti inconsistente;
- b) che discende da un comportamento che, seppure accertato nei suoi aspetti fattuali, in base al contratto collettivo vada punito con l'irrogazione di una sanzione conservativa, compresa tra il rimprovero verbale e la sospensione.

Se così è, l'unica fattispecie che pare rientrare nelle *"altre ipotesi"* menzionate nel primo alinea del comma 5 del "nuovo" art. 18, e rispetto al quale il Giudice disporrà, in caso di illegittimo recesso, l'applicazione della sola tutela risarcitoria, è quello nel quale si accerti che:

- la condotta contestata al lavoratore risulti essere stata effettivamente commessa;
- la condotta non rientra in una delle fattispecie rispetto alle quali il contratto collettivo o il codice disciplinare applicato in azienda prevede una sanzione conservativa;
- il Giudice non ritiene che quella condotta sia idonea ad incidere sull'affidamento fiduciario riposto nel lavoratore e, quindi, non ritiene che quel fatto possa costituire il presupposto per la risoluzione del rapporto di lavoro.

Qualora simile lettura del combinato disposto dei commi 4 e 5 del nuovo art. 18 St. Lav. dovesse essere ritenuta valida, le difficoltà interpretative derivanti dall'esame dei casi concreti appaiono evidenti, soprattutto nelle ipotesi, frequenti, nelle quali i contratti collettivi contengono una elencazione esemplificativa e non tassativa delle condotte disciplinarmente rilevanti e punite con la sanzione disciplinare conservativa, oppure nelle ipotesi in cui il codice disciplinare contenuto nel contratto appaia totalmente carente.

In queste ipotesi, infatti, la semplice omessa menzione nel codice disciplinare della condotta contestata al lavoratore licenziato, seppure assimilabile, come gravità, ad un'altra per la quale è applicata la sanzione conservativa, dovrebbe, e potrebbe, portare il giudicante ad affermare la legittimità del recesso, giusta l'inesistenza di una previsione che riconduca alla condotta in contestazione una diversa sanzione di tipo conservativo.

Se questa interpretazione, che appare protesa verso una lettura eccessivamente formale del dato normativo non dovesse essere avallata, non si vede quali possano essere le ipotesi in presenza delle quali la conseguenza di un illegittimo recesso possa comportare il semplice risarcimento del danno.

Viene difficile, infatti, attribuire consistenza formale e sostanziale alle "ipotesi" in presenza delle quali non dovrebbe trovare applicazione la tutela reintegratoria del posto di lavoro, dal momento che un licenziamento si palesa illegittimo, o perché fondato su di una condotta mai avvenuta o perché non proporzionato, come sanzione, rispetto al tenore dell'inadempimento e della condotta oggetto di contestazione.

*

4. La tutela nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Non priva di altrettante perplessità è la formulazione relativa alla tutela spettante nel caso del licenziamento basato, motivato e fondato, su di un giustificato motivo oggettivo e, quindi, su ragioni di natura tecnica, organizzativa e produttiva, di cui all'art. 3, L. n. 604/1966.

In queste evenienze, la tutela reintegratoria spetta nelle ipotesi in cui il licenziamento sia intimato a fronte della pretesa inidoneità fisica o psichica del lavoratore, oppure quando il recesso sia stato intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2 c.c., il quale vieta la risoluzione del rapporto di lavoro con preavviso, ai sensi degli artt. 2118 c.c. e 3, L. n. 604/1966 (licenziamento per giustificato motivo soggettivo od oggettivo) in costanza di malattia, nel c.d. periodo di comporta, cioè nel periodo di conservazione del posto di lavoro previsto dai contratti collettivi, dagli usi o determinato secondo equità (durante il periodo di comporta è ammesso il recesso per giusta causa, intimato ai sensi dell'art. 2119 c.c.).

Questa ultima previsione può destare talune difficoltà interpretative, idonee a comportare un'applicazione della fattispecie del recesso in malattia differente rispetto a quanto avvenuto nel periodo antecedente alla riforma.

Infatti, sino ad oggi la giurisprudenza, pacificamente, ha ritenuto che un licenziamento intimato in costanza di malattia dovesse considerarsi temporaneamente inefficace, fino alla cessazione dello stato di malattia od alla scadenza del menzionato periodo di comporta.

Ora, considerato il nuovo dettato legislativo, non è chiaro se l'espresso riferimento alla reintegrazione in conseguenza del licenziamento disposto durante la malattia del lavoratore debba considerarsi presupposto della reintegrazione in tutte le ipotesi, oppure se la tutela reale debba trovare applicazione solo nel caso in cui il licenziamento sia disposto per superamento del periodo di comporta, il quale rappresenta un'ipotesi ulteriore di licenziamento, diversa dalla giusta causa e dal giustificato motivo, sia esso oggettivo o soggettivo.

La tutela reintegratoria, inoltre, in base alla nuova formulazione dell'art. 18, spetta nelle ipotesi in cui risulti *manifestamente* insussistente il fatto posto a base del licenziamento.

Quest'ultima ipotesi è certo quella che maggiormente farà discutere e dibattere la giurisprudenza e gli addetti ai lavori.

L'insussistenza manifesta del fatto fondante il licenziamento, infatti, rappresenta il *discrimen* tra l'applicazione della tutela reale e di quella risarcitoria, la quale dovrà applicarsi tutte le volte in cui:

- il fatto posto a base del licenziamento sia semplicemente insussistente (e, quindi, non manifestamente insussistente);
- in tutte le ipotesi in cui, ferma restando la legittimità del presupposto, del fatto, sul quale il recesso è basato, la risoluzione del rapporto di lavoro risulti illegittima.

La prima delle due ipotesi è certamente quella più complessa da dirimere, essendo la stessa fondata sul labile confine tra un'infondatezza manifesta e un'infondatezza non manifesta.

Questa difficoltà, nonostante l'intenzione del legislatore, potrebbe portare la giurisprudenza a generalizzare l'applicazione della reintegrazione in tutti i casi in cui il recesso sia viziato dall'insussistenza del fatto che ne costituisce il presupposto, risultando nei fatti troppo discrezionale, se non addirittura arbitrario, circoscrivere con ragionevole certezza l'idoneità delle fattispecie volte a determinare la reintegrazione o il semplice risarcimento del danno.

La seconda ipotesi, invece, nella quale fondato è il presupposto della scelta di risolvere il rapporto di lavoro, ma illegittima è la decisione di procedere alla sua risoluzione, verrà a verificarsi in tutti i casi in cui il datore di lavoro non darà corretta applicazione agli obblighi connessi e conseguenti al corretto esercizio del potere di recesso per giustificato motivo oggettivo.

Non si dimentichi, infatti, che, in base all'interpretazione costante, uniforme e sedimentata della giurisprudenza, il datore di lavoro, per poter legittimamente recedere a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, ai sensi dell'art. 3, L. n. 604/1966, deve: provare l'impossibile reimpiego del lavoratore in altre e diverse mansioni, anche inferiori, qualora il lavoratore esprimesse proprio consenso (c.d. obbligo di *repechage*); dimostrare di avere rispettato i criteri di scelta, desunti dall'art. 5, L. n. 223/1991 (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecniche, organizzative e produttive), in ordine al lavoratore destinatario del provvedimento espulsivo, qualora una molteplicità dei lavoratori svolga la medesima mansione rispetto alla quale si procede alla riduzione dell'organico per una ragione economica.

Orbene, vi potranno essere casi in cui il fatto posto a base della scelta aziendale (una riorganizzazione, una ristrutturazione, una grave situazione economica che imponga la riduzione di personale previo un diverso assetto dell'impresa) sussista realmente ma che, a fronte di detta situazione, illegittima risulti la risoluzione del rapporto di lavoro disposta nei confronti di un lavoratore, il quale, per esempio, sarebbe potuto essere ricollocato in altre mansioni o si trovava in condizioni tali da giustificare la conservazione del posto di lavoro a discapito di qualche collega.

Ebbene, in queste ipotesi il licenziamento dovrà essere considerato illegittimo e potrà essere tutelato con il solo risarcimento del danno.

Nella convinzione che un licenziamento di tal fatta potrà garantire l'inapplicabilità della reintegrazione e, quindi, costituire un salvacondotto della tutela obbligatoria, è probabile che simile forma di recesso tenderà ad essere irrogata in tutte le ipotesi in cui, nella realtà, lungi dal presupposto oggettivo della scelta aziendale, la risoluzione del rapporto di lavoro con un dipendente è, nella realtà, dettata da ragioni soggettive e, cioè, da fatti imputabili al dipendente, mai contestati o di caratura tale da non poter fondare l'apertura di un procedimento disciplinare.

Sul punto, il nuovo articolo 18 St. Lav., dispone che, *"Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo"*.

La precisazione risulta particolarmente interessante dal momento che pare invertire l'ordinario regime probatorio prescritto in tema di licenziamenti, invertito dall'art. 5, L. n. 604/1966, ai sensi del quale: *L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro"*.

Il lavoratore, pertanto, nell'ipotesi in cui venga irrogato un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, può sempre dimostrare che il recesso, nei fatti, debba essere ascritto alla fattispecie del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa.

Qualora la prova della natura soggettiva del recesso fosse dimostrata, il licenziamento disposto per giustificato motivo oggettivo si palesa manifestamente sprovvisto del fatto che ne costituisce il presupposto e, quindi, deve essere sanzionato con la reintegrazione nel posto di lavoro.

Sarà interessante verificare le conseguenze processuali di un simile assetto normativo.

Infatti, qualora il lavoratore ricorrente dovesse sostenere la natura simulata del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro, convenuto in giudizio, potrebbe legittimamente porre una domanda di accertamento (c.d. riconvenzionale condizionata all'accoglimento della domanda attorea) tesa a dimostrare che quel recesso, così come qualificato dal lavoratore, seppure fondato su di un motivo soggettivo, può essere tutelato solo con la tutela risarcitoria, perché rientrante nelle fattispecie rispetto alle quali non trova applicazione la reintegrazione nel posto di lavoro.

*

5. Il risarcimento del danno conseguente alla reintegrazione.

Nel regime precedente alla riforma in discussione, la reintegrazione del posto di lavoro comportava il diritto al risarcimento del danno quantificato nella retribuzione globale di fatto maturata nel periodo compreso dal giorno del licenziamento a quello di effettiva reintegrazione.

Il risarcimento spettante al lavoratore, poi, in base ad un principio giurisprudenziale oramai acclarato e sedimentato, doveva essere determinato

detraendo, dalla retribuzione globale di fatto maturata, l'*aliunde perceptum e/o aliunde percipiendum* e, cioè, il reddito percepito per lo svolgimento, nel medesimo periodo, di un'altra attività lavorativa, oppure il reddito che il lavoratore avrebbe potuto percepire se si fosse fattivamente attivato alla ricerca di un nuova e diversa occupazione.

Nella legge Fornero, invece, si prevede che il risarcimento del danno, conseguente alla sentenza di reintegrazione, sia diverso a seconda del vizio inerente all'esercizio del potere di recesso datoriale.

La nuova formulazione dell'art. 18 St. Lav., prevede che nell'ipotesi in cui il licenziamento sia affetto dalla nullità, perché discriminatorio, ritorsivo o dettato da un motivo illecito, il risarcimento del danno, come accaduto fino alla riforma, e' commisurato alla retribuzione globale di fatto, maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, *"dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione"*.

In questo ambito, l'unica novità e' rappresentata dal fatto che l'*aliunde perceptum e percipiendum*, rispetto al quale quantificare il risarcimento spettante al lavoratore, e' espressamente previsto dal testo riformato dell'art. 18 St.Lav..

Per contro, assai rilevanti appaiono le modifiche in materia apportate nell'ipotesi in cui la reintegrazione consegua alla declaratoria di illegittimità' del recesso, la quale si verifica nelle ipotesi in cui il licenziamento risulti sprovvisto della giusta causa o del giustificato motivo, sia esso soggettivo o oggettivo (sempre che, si ricorda, il giudice, in queste ipotesi, non ritenga di sanzionare il licenziamento con il semplice risarcimento del danno - v. supra).

Infatti, il nuovo comma 4 dell'art. 18, St. Lav. se, da un lato, prevede, come nell'attuale versione legislativa, che il lavoratore abbia diritto ad un risarcimento conteggiato sul periodo compreso dalla data del licenziamento a quella dell'effettiva reintegrazione, dall'altro, specifica che, in ogni *"caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto"*.

Questa forfetizzazione del danno, non vi è dubbio, presenta notevoli consonanze con quanto operato dall'art. 32, L. n. 183/2010 (c.d. Collegato Lavoro), il quale, nell'ipotesi di accertata nullità del contratto a termine e conseguente diritto alla conversione del rapporto a tempo indeterminato, ha limitato il diritto al risarcimento del danno in favore del lavoratore illegittimamente assunto a termine in un numero di mensilità comprese da 2,5 a 12.

Ad avviso della Suprema Corte (Cass. n. 1409 del 31.1.2012) *"il danno forfetizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto", con la conseguenza che a partire da tale sentenza "è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva" (altrimenti risultando "completamente svuotata" la "tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato")"*.

Il principio è stato interamente avallato nella riforma in esame, la quale, con l'art. 1, comma 13, ha proceduto all'interpretazione autentica del comma 5 dell'art. 32, L. n. 183/2010, prevedendo che: *La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.*

Una siffatta interpretazione non può non riguardare anche le sorti del risarcimento conseguente all'illegittimo licenziamento rispetto al quale trova applicazione la tutela reintegratoria, dovendosi pertanto ritenere che, successivamente alla sentenza di reintegrazione, il lavoratore maturi il diritto a percepire la retribuzione, indipendentemente che il datore di lavoro abbia inteso far riprendere effettivamente l'attività lavorativa al proprio dipendente.

Occorre sottolineare che la limitazione sancita in ordine al risarcimento del danno da perdita della retribuzione, probabilmente indotta dal nuovo rito processuale concepito nei giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti, sempre che astrattamente tutelabili con la tutela reale del posto di lavoro, in nulla viene ad incidere sull'ammontare della tutela previdenziale riconosciuta al lavoratore prima licenziato e poi reintegrato.

Infatti, sempre ai sensi dell'art. 18, comma 4, St. Lav., indipendentemente dall'ammontare del risarcimento del danno riconosciuto al lavoratore in aggiunta alla reintegrazione nel posto di lavoro, *"Il datore di lavoro è condannato ... al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione ... per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative"*.

In pratica, l'ammontare della contribuzione previdenziale risulta correlato alla sussistenza, nel periodo compreso dalla data del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, dello svolgimento di un'altra attività lavorativa per la quale, in favore del lavoratore, sia stato operato il relativo versamento contributivo, senza che lo stesso sia oggetto di una forfetizzazione legale.

Nel caso in cui i contributi versati successivamente al licenziamento afferiscano ad una gestione diversa rispetto a quella di iscrizione del lavoratore licenziato e poi reintegrato, gli stessi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro.

*

6. Il risarcimento del danno come unica sanzione conseguente al licenziamento sprovvisto di giusta causa o di giustificato motivo, soggettivo o oggettivo.

La nuova impostazione normativa, si è ampiamente evidenziato, contempla, come possibile sanzione dell'illegittimo licenziamento, alternativa alla reintegrazione, il pagamento, in favore del lavoratore, del solo risarcimento del danno, determinato tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

L'esatta quantificazione del risarcimento, da parte del Giudice, deve essere operata:

- nell'ipotesi di licenziamento intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, *"in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo"* (art. 18, comma 5, St. Lav.);
- nell'ipotesi di licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo sulla base dei precedenti criteri, oltre che *"delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni"* (il riferimento è alla procedura conciliativa presupposto dell'irrogazione del giustificato motivo oggettivo, introdotta dal disegno di legge in esame - v. infra).

*

7. Il licenziamento inefficace per violazione di forma.

Una rilevante novità è certamente quella introdotta in merito all'inefficacia del licenziamento, vizio, questo, conseguente alle violazioni formali commesse nell'emanazione del provvedimento risolutivo del rapporto di lavoro.

In tutte le ipotesi di licenziamento inefficace, infatti, al lavoratore è riconosciuta la sola tutela risarcitoria, *"con attribuzione al lavoratore di un'indennità ... onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto"*.

Ai sensi del comma 6 dell'innovato art. 18, le violazioni formali idonee a configurare l'inefficacia del licenziamento sono quelle attinenti:

- all'omessa motivazione delle ragioni fondanti la risoluzione del rapporto di lavoro, le quali, giusto il disposto dell'innovato art. 2, L. n. 604/1966, devono essere comunicate contestualmente all'atto di recesso;
- al mancato esperimento del tentativo di conciliazione presupposto dell'irrogazione del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, così come disciplinato dall'innovato art. 7, L. n. 604/1966;
- alla violazione del procedimento disciplinare presupposto dell'irrogazione del licenziamento disposto per fatto imputabile al lavoratore, così come disciplinato dall'art. 7, St. Lav..

Simile disciplina, esclusivamente risarcitoria, non trova applicazione tutte le volte in cui il giudice, sulla base della domanda del lavoratore nell'atto introduttivo del giudizio di opposizione del licenziamento, accerti che il licenziamento è anche viziato da un difetto di giustificazione, ipotesi, questa, nella quale trova applicazione l'ordinaria ed alternativa tutela reintegratoria o ripristinatoria disciplinata dai commi quarto, quinto e settimo dell'innovato art. 18.

*

8. Il nuovo procedimento di irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

L'art. 1, comma 40, del testo di riforma, introduce, attraverso la riscrittura dell'art. 7 della L. 604/1966, un particolare procedimento presupposto della

correttezza formale dell'irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo operata dai datori di lavoro rientranti nei limiti dimensionali prescritti per l'applicazione dell'art.18 St. Lav..

L'atto di recesso deve essere preceduto da una comunicazione, effettuata dal datore di lavoro, alla Direzione Territoriale del Lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera e trasmessa per conoscenza al lavoratore.

In siffatta comunicazione, il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le possibili eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.

La Direzione Territoriale del Lavoro convoca le parti nel termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta.

Durante l'incontro le parti, al quale partecipano con l'assistenza delle OO.SS. oppure di un avvocato o di un consulente del lavoro, dovranno procedere anche all'esame delle potenziali soluzioni alternative al recesso.

Il procedimento si conclude entro venti giorni dal momento in cui la Direzione Territoriale del Lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo.

Il datore di lavoro potrà legittimamente procedere all'irrogazione del licenziamento qualora sia fallito il tentativo di conciliazione o, aspetto assai discutibile, nell'ipotesi in cui la Direzione Territoriale del Lavoro non abbia proceduto ad inoltrare alle parti la convocazione nel termine di sette giorni dalla ricezione della richiesta formulata dal datore di lavoro.

Del pari, nonostante il silenzio del legislatore sul punto, il tentativo di conciliazione dovrà considerarsi validamente esperito anche nell'ipotesi in cui la Direzione Territoriale del Lavoro dovesse regolarmente provvedere alla convocazione delle parti nel termine di sette giorni dalla proposizione della richiesta datoriale, stabilendo, però, la data dell'incontro in una data successiva al ventesimo giorno dalla trasmissione della convocazione.

Il sistema, così come concepito, appare assai discutibile, in quanto rischia di rendere simile procedura una mera formalità, senza che la stessa, in concreto, si risolva in un fattivo confronto tra le parti coinvolte, diretto alla ricerca di soluzioni alternative all'irrogazione del recesso.

Non si dimentichi, infatti, quanto accaduto relativamente all'istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione, vigente sino all'emanazione della L. n. 183/2010, il quale se, da un lato, costituiva una condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, dall'altro, si considerava validamente esperito anche se, trascorsi 60 giorni dalla proposizione della richiesta, la Direzione Territoriale del Lavoro (allora denominata Direzione Provinciale del Lavoro) non avesse nel contempo proceduto alla convocazione delle parti.

Simile impostazione ha sovente comportato che la convocazione non avvenisse nel termine prescritto e la procedura venisse considerata validamente esperita senza che, nei fatti, le parti coinvolte avessero proceduto all'incontro conciliativo.

La disposizione in commento si preoccupa anche di regolamentare l'ipotesi in cui il tentativo di conciliazione dovesse avere esito positivo e portare, per espresso richiamo normativo, alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

In questo caso e' prevista l'applicazione delle disposizioni in materia di Assicurazione Sociale per l'Impiego (ASpI) e in sede di accordo le parti possono prevedere, al fine di favorire la ricollocazione professionale del lavoratore, il suo affidamento ad un'agenzia di lavoro somministrato.

La circostanza che il legislatore, rispetto al contenuto dell'accordo conciliativo, indichi espressamente che la risoluzione del rapporto di lavoro debba essere consensuale, pare escludere che la transazione in esame possa essere fondata sull'accettazione del recesso da parte del lavoratore.

Infine, rispetto al procedimento in commento, si consideri che: a) la violazione del medesimo comporta l'inefficacia del licenziamento, la cui conseguenza, si è detto, e' rappresentata dalla tutela risarcitoria ridotta; b) il comportamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento è valutato dal giudice nel momento della determinazione dell'indennità risarcitoria prevista per l'ipotesi dell'illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, ove non dovesse essere pronunciata la reintegrazione nel posto di lavoro; c) il medesimo comportamento rileva ai fini della determinazione delle spese di giustizia, di cui agli artt. 91 e 92, c.p.c..

*

9. Il nuovo rito speciale per le controversie in tema licenziamenti individuali - La difficile definizione dei soggetti destinatari dell'innovazione.

La riforma in esame e' intervenuta non solo sull'assetto formale della disciplina dei licenziamenti, ma anche su quello processuale, introducendo un "rito speciale" applicabile nei casi in cui sia impugnata una risoluzione del rapporto di lavoro nell'ambito dei rapporti rientranti in quelli per i quali trova applicazione la tutela di cui all'art. 18 St. Lav..

L'art. 1, comma 47, della riforma in esame, infatti, prevede: *"Le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro"*.

Simile formulazione appare idonea ad ingenerare una serie di difficoltà interpretative, dal momento in cui non si faccia chiarezza sulle ipotesi in base alle quali debba trovare applicazione il nuovo rito speciale, il cui oggetto e' costituito da una risoluzione del rapporto di lavoro che presuppone la risoluzione di questioni attinenti alla qualificazione del rapporto di lavoro.

Si tenga presente, infatti, che giusta l'innovazione introdotta dalla L. n. 183/2010, c.d. Collegato Lavoro, in tutte le ipotesi di risoluzione di un rapporto di lavoro trova applicazione il regime dell'impugnazione contemplato nell'art. 6 della L. n. 604/1966, la quale contiene le norma di riferimento per i licenziamenti individuali.

Tra le dette ipotesi, ai sensi dell'art. 32, commi 3 e 4, rientra la risoluzione dei contratti a tempo determinato o delle collaborazioni coordinate e continuative,

anche a progetto, e di ogni rapporto di lavoro autonomo rispetto alla quale venga contestata la natura subordinata della prestazione. Simili risoluzioni sono qualificate dalla lett. a) del comma 3, dell'art. 32, nella formulazione innovata dal comma 11 dell'art. 1, della riforma in esame, come *"licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni"*.

La circostanza che il legislatore abbia inteso, con la riforma in esame, utilizzare la medesima formulazione contenuta nel Collegato Lavoro, nella quale sono stati qualificati come licenziamenti anche quelle forme di risoluzione del rapporto di lavoro che, fino a quel momento, non rientravano nella nozione di licenziamento, porta a ritenere che il nuovo rito speciale possa applicarsi in tutte le ipotesi rispetto alle quali sia in discussione la pretesa ricostituzione del rapporto, per mezzo della conversione del rapporto di lavoro cessato, nella fattispecie del rapporto a tempo pieno ed indeterminato.

La norma, però, per come è stata formulata, appare passibile di incostituzionalità, dal momento in cui prevede il ricorso al rito speciale solo in favore dei lavoratori rispetto ai quali, stante il limite dimensionale del datore di lavoro, trova applicazione l'art. 18 St. lav..

Detta limitazione, infatti, pare penalizzare le prerogative dei lavoratori nei cui confronti se, da un lato, non trova applicazione la norma statutaria, dall'altro, può essere riconosciuta la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato, per tramite della conversione del rapporto di lavoro cessato.

In queste ipotesi, infatti, la tutela accordata al lavoratore non rappresenta una reintegrazione nel posto di lavoro, bensì la costituzione o la conversione, *ab origine*, di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il quale era stato dalle parti qualificato di natura autonoma o caratterizzato dalla temporaneità.

In dette ipotesi, che non configurano un licenziamento rientrante nelle fattispecie di cui agli artt. 3, L. 604/1966 (licenziamento per giustificato motivo soggettivo od oggettivo) e 2119 c.c. (licenziamento per giusta causa), ma che, giusto il disposto dell'art. 32, L. 183/2010, vengono qualificate come licenziamento, la tutela ripristinatoria del rapporto di lavoro, nella forma della subordinazione a tempo indeterminato, è riconosciuta a tutti i lavoratori, indipendentemente dalla consistenza numerica del datore di lavoro.

Detta tutela, si è detto, discende dal principio che, nei casi appena evidenziati, il contratto, con tempo determinato illegittimo o di collaborazione simulata, viene convertito, fin dalla sua stipulazione, in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Se così è diviene difficile comprendere esattamente l'ambito dei soggetti garantiti dall'applicazione del nuovo rito speciale, in quanto vi sono ipotesi, qualificate come licenziamenti dal Collegato Lavoro, rispetto ai quali trova applicazione un regime di conversione del rapporto, costitutivo dei medesimi effetti della reintegrazione, indipendentemente dall'applicazione dell'art. 18 St. Lav., nei confronti delle quali, però, non pare applicarsi il nuovo rito processuale.

*

10. Le ulteriori novità, in tema di licenziamento, previste dalla riforma

Oltre a tutto quanto evidenziato, il disegno di legge in esame prevede ulteriori modificazioni, incidenti sulla regolamentazione della disciplina direttamente e più o meno riconducibili alla complessa fattispecie dei licenziamenti.

Innanzitutto, giusto il disposto dell'art.1, comma 13 della legge di riforma, il termine per procedere al deposito del ricorso introduttivo del giudizio d'impugnazione del licenziamento, finora fissato in 270 giorni, e' stato ridotto a 180 giorni, i quali, ancora non è chiaro, se siano sono successivi allo spirare del termine di 60 giorni, relativo alla proposizione dell'impugnazione stragiudiziale del recesso od alla data della proposizione dell'impugnazione stragiudiziale.

Il termine di 60 giorni per proporre l'impugnazione stragiudiziale corrisponde, invece, a 120 giorni, nell'ipotesi in cui l'impugnazione abbia ad oggetto l'apposizione del termine al contratto, ai sensi dell'art. 32, L. n. 183/2010, giusta l'innovazione introdotta dall'art. 1, comma 11, della riforma in esame, applicabile, però, ai sensi del successivo comma 13, a decorrere dal 1 gennaio 2013.

In secondo luogo, ai sensi del comma 7 ter del medesimo art. 13, il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare presupposto dell'irrogazione del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, di cui all'articolo 7 St. Lav., oppure all'esito del procedimento presupposto dell'irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva.

Per quanto attiene alla fattispecie del licenziamento per fatto imputabile al lavoratore, la previsione risolve il dibattito in merito alla decorrenza del licenziamento ed al diritto del lavoratore di percepire la retribuzione nel periodo compreso tra la contestazione disciplinare ed il recesso, qualora il datore di lavoro, all'atto della contestazione medesima, avesse disposto la sospensione cautelare.

La norma, comunque, riconosce la posticipazione degli effetti del recesso nell'ipotesi in cui il lavoratore goda dei diritti connessi allo stato di maternità o paternità, oppure nel caso in cui lo stesso versi in infortunio sul lavoro.

L'innovazione può indurre non poche perplessità dal momento che, anche in pendenza delle predette condizioni, la giurisprudenza ha pacificamente ammesso l'immediata efficacia del recesso qualora lo stesso fosse stato irrogato per giusta causa.

Nonostante l'elencazione normativa si deve ritenere che il medesimo effetto debba essere riconosciuto, giusto il principio generale di cui all'art. 2110 c.c., nel caso in cui il lavoratore si trovi in costanza di malattia.

Infine, merita segnalare che l'alternativa tra la reintegrazione ed il risarcimento del danno è stata concepita anche in riferimento alla tutela avverso l'illegittimità dei licenziamenti collettivi, disciplinati dalla L. n. 223/1991.

L'art. 1, comma 46 della riforma, intervenuto sul comma 3 dell'art. 5, L. n. 223/1991 prevede:

- la tutela reale propria dei licenziamenti nulli, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato senza l'osservanza della forma scritta;
- la tutela risarcitoria, nell'ipotesi della violazione delle procedure di cui all'art. 4, comma 12, L. 223/1991, il quale dispone: *"Le comunicazioni di cui al comma 9 (con le quali viene comunicato ai lavoratori l'accesso alla mobilità) sono prive di efficacia ove siano state effettuate senza l'osservanza della forma scritta e delle procedure previste dal presente articolo;*
- la tutela reintegratoria, nel caso di violazione dei criteri di scelta relativi ai lavoratori da collocare in mobilità.

Le ultime due previsioni non possono che destare perplessità.

La seconda, infatti, attribuisce la sola tutela risarcitoria in merito ad una fattispecie rispetto alla quale è prevista l'inefficacia del recesso.

La terza, invece, si pone in contrasto con l'impostazione utilizzata per definire il discrimine tra tutela reintegratoria ed obbligatoria nel licenziamento individuale disposto per giustificato motivo oggettivo, dalla cui interpretazione discende che, nell'ipotesi dell'illegittimità del licenziamento e, quindi, della violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, trova applicazione la sola tutela risarcitoria.