



Università degli Studi di Palermo

Annali della Facoltà di Economia

AREA **GIURIDICA**

2008
ANNO LXII

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Gli articoli riflettono esclusivamente le opinioni dei rispettivi Autori

PRESIDE DELLA FACOLTÀ
Prof. CARLO DOMINICI

DIRETTORE SCIENTIFICO
Prof. VINCENZO LO IACONO

DIRETTORE RESPONSABILE
Prof. GIUSEPPE INGRASSIA

COMITATO SCIENTIFICO
Proff. S. BAVETTA - C. CAMMALLERI - S. PIRAINO

ANNALI DELLA FACOLTÀ DI ECONOMIA - UNIVERSITÀ DI PALERMO

RIVISTA SCIENTIFICA

Aderente al Centro Italiano ISSN e all'Agenzia ISBN

ISSN 1827-8388

Iscrizione al Tribunale di Palermo
27 luglio 2005

EDITORE

Facoltà di Economia - Biblioteca Centrale

DIREZIONE E REDAZIONE

Facoltà di Economia
Viale delle Scienze, Ed. 13
90128 Palermo
E-mail: ingra@unipa.it

INDICE

CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Contributo al dibattito sul futuro del modello sociale</i> »	9
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Le proposte di modifica dell'impugnazione del licenziamento: un passo avanti e due indietro</i> »	24
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>La contestazione della pretesa contributiva</i> »	47
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>La tutela del credito nel diritto del lavoro</i> »	87
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Il mercato del lavoro e la formazione professionale in Sicilia</i> »	113
CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI <i>Social pollution: from flexibility to exploited work.....</i> »	141
GABRIELLA CANGELOSI <i>Il difensore civico tra norma e realtà.....</i> »	197
GABRIELLA CANGELOSI <i>La riforma del trasporto pubblico locale in Sicilia dalle “concessioni di autolinee” ai contratti di “affidamento provvisorio di servizio”</i> »	237
GABRIELLA CANGELOSI <i>Norma ed azione nell'internazionalizzazione del territorio</i> »	247
GABRIELLA CANGELOSI <i>Prospettive della disciplina del verde urbano.....</i> »	269
GIOVANNA D'AMICO <i>Il fenomeno migratorio nell'era della globalizzazione</i> »	301
DIEGO ZIINO <i>La interpretazione e le interpretazioni</i> »	313

LE PROPOSTE DI MODIFICA DELL'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO: UN PASSO AVANTI E DUE INDIETRO (art. 67 del d.d.l. 1441 quater - atti camera deputati)

Riassunto - In questo articolo si studiano i probabili effetti che la proposta riforma del regime di impugnazione del licenziamento, ove approvata, determinerà sul sistema di protezione contro i licenziamenti illegittimi, concludendo per la sua inefficacia e dannosità. Segue una nostra proposta per l'accelerazione del processo del lavoro in materia di licenziamenti e il miglioramento del grado di certezza del giudizio.

Abstract - In this article we study the likely effects that the draft law of the reform of dismissal, if approved, will determine on the system of protection against unfair dismissal. In our opinion it is ineffectiveness and harmfulness. Following a proposal for accelerating the trial about lawful dismissals and to improve the degree of certainty of legal proceedings.

PREMESSA

Il disegno di legge delega n. 1441 atti camera del deputati,¹ reca tra le altre la «Delega al Governo in materia [...] di controversie di lavoro». Nel corso dei lavori parlamentari si è proceduto allo stralcio di alcune disposizioni, tra le quali quelle relative agli articoli da 65 a 67 concernenti le controversie di lavoro, che hanno preso corpo, con altre, nel d.d.l. delega n. 1441 *quater*.²

* Professore associato di diritto del lavoro nella facoltà di Economia dell'Università di Palermo.

1 In <http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0006050.pdf>.

2 In <http://www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0008710.pdf>.

L'art. 65³, apparentemente una norma tecnica, ingannevolmente rubricato *Clausole generali e certificazione*, contiene il vero e proprio programma politico del Governo in ordine alla riduzione della tutela dei diritti del lavoratore e in ordine al tentativo di sottrazione al giudice dei poteri di giudizio sull'effettività di questi. In particolare, per l'aspetto che stiamo esaminando, il comma 3 ridisegna profondamente la disciplina dei licenziamenti pur senza menzionarla direttamente.

In particolare il primo periodo ridefinisce la nozione di giusta causa e di giustificato motivo, delegando in bianco alla contrattazione collettiva la predefinitone di un catalogo, di fatto, di clausole risolutive espresse.

Il secondo periodo ridefinisce il contenuto della riassunzione e della reintegrazione, di cui rispettivamente agli artt. 8 della legge n. 604 e 18 della legge 300 del 1970, anche questa volta senza mai menzionarli, affidando al giudice di determinare «le conseguenze da riconnettere al licenziamento» sulla base di due linee di riferimento. Anche qui una delega in bianco alla contrattazione collettiva, ma limitata dall'obbligo di tenere conto delle «dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento.»

L'art. 66 riforma profondamente le conciliazioni e gli arbitrati. Abolisce l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione sia nel lavoro pubblico sia nel lavoro privato e prevede l'unificazione delle procedure,

3 Articolo 65 - (Clausole generali e certificazione) - 1. In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.

2. Nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.
3. Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice fa riferimento alle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento, il giudice tiene ugualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento. - *omissis* -

mediante una sintesi dei due precedenti tentativi di conciliazione. Introduce la possibilità di trasformazione della conciliazione in arbitrato e ridisegna profondamente le procedure arbitrali, sempre in maniera uniforme per il lavoro pubblico e per quello privato.

Infine, l'art. 67⁴ del d.d.l. n. 1441 *quater* concerne la modifica dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966⁵ (recante il termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento), l'estensione della decadenza ad altre fattispecie di licenziamento illegittimo - oltre quelle contemplate nella norma modificata - e l'introduzione di una decadenza per l'esercizio dell'azione relativamente ad alcune altre controversie di lavoro diverse da quelle di licenziamento.

In particolare, relativamente a queste ultime, la disposizione prevede che debbano essere impugnati nel medesimo termine anche i trasferimenti e in generale i recessi formalmente intimati in rapporti diversi da quello subordinato o che presuppongano la risoluzione di questioni qualificatorie del tipo.

Il disegno di legge, inoltre, recependo le indicazioni di una parte della dottrina⁶, estende la forfetizzazione del danno di cui all'art. 8 della

4 **Articolo 67** – (*Decadenze*) **1.** Il primo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, è sostituito dal seguente:

«Il licenziamento da parte del datore di lavoro deve essere impugnato a pena decadenza entro centoventi giorni dalla ricezione della sua comunicazione, ovvero dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale, con ricorso depositato nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro».

2. Il termine di decadenza, previsto dall'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applica anche ai casi di nullità del licenziamento, nonché ai casi di licenziamento inefficace di cui all'articolo 2 della citata legge n. 604 del 1966.

3. Il termine di decadenza previsto dall'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applica inoltre:

a) ai licenziamenti anche qualora presuppongano la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto;

b) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile;

c) al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile.

5 «Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretta ad impugnare il licenziamento stesso. Il termine di cui al comma precedente decorre dalla comunicazione del licenziamento ovvero dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento. ... »

6 Vallebona, *Colloqui 2007 in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro 2007*

legge n. 604 del 1966 alle ipotesi di nullità del contratto a termine viziato *ex d. lgs. 368 del 2001*; esperimento già tentato con il d.l. n. 133 del 2008 e già oggetto di dubbio di legittimità costituzionale.⁷

1. **Gli oneri di impugnazione**

Il d.d.l., innanzitutto, rimuove la duplicazione di impugnazioni del licenziamento: stragiudiziale, la prima, entro sessanta giorni,⁸ con qualunque atto scritto e anche a ministero del sindacato; giudiziale, la seconda, nell'ordinario termine prescrizione dell'azione di annullamento di cinque anni.

Benché tale duplicazione non sia richiesta dalla legge, essa è nondimeno imposta dalla sostanziale difficoltà di riuscire a notificare il ricorso entro i sessanta giorni previsti dalla norma.⁹

Questa duplicazione, nelle ipotesi di stabilità reale, consentiva al lavoratore di dilatare il periodo risarcitorio in assenza di prestazione, proponendo l'azione giudiziaria solo dopo molto tempo. Un effetto di cui l'iniquinà è stata più volte segnalata.

Sotto questo angolo visuale il medesimo inconveniente, e con effetto amplificato, è riscontrabile nelle ipotesi di inefficacia *ex art. 2 della legge n. 604 del 1966*, non soggetta ad alcun termine di decadenza, e a tutte le ipotesi di azione di nullità, non soggette né a decadenza né a prescrizione. In queste ultime ipotesi a prescindere dal regime di tutela applicabile.

La normativa di riforma ambisce: da un lato a unificare sotto l'unica forma dell'impugnazione giudiziale tutte le azioni intese alla caducazione di un licenziamento individuale, sia per vizi di forma, sia per mancanza di giustificazione sia per contrasto con divieti di licenziamento; da un altro lato a calmierare (anche per effetto del comma 3, 2° periodo, dell'art. 66) le conseguenze del licenziamento viziato a prescindere sia dal vizio sia dalle aree di tutela.

7 App. Milano ord. n. 1236 del 2008.

8 Per altro di recente oggetto di un intervento della Cassazione in ordine al perfezionamento dell'impugnazione. Cass. n. 22287 del 2008.

9 Secondo la giurisprudenza consolidata, infatti, per far sì che si verifichi l'effetto sostanziale dell'impedimento della decadenza non è sufficiente il deposito del ricorso nel termine ma occorre anche la notificazione al datore di lavoro. E' da dubitare che per questo effetti possa trovare applicazione l'art. 148 c.p.c. nuovo testo.

In particolare si prevede tanto che la decadenza si impedisca con il solo deposito del ricorso in cancelleria, nel più lungo termine di centoventi giorni, quanto che la decadenza si applichi «anche ai casi di nullità del licenziamento, nonché ai casi di licenziamento inefficace di cui all'articolo 2 della citata legge n. 604 del 1966».

La previsione di un regime unificato, pur lodevole nell'intento di rendere tempestiva certezza e diffusa, in ordine all'effettiva estinzione del rapporto contrattuale (e non solo di lavoro subordinato), suscita non poche perplessità sia sul piano della reale efficacia, dell'efficienza e della razionalità e non meno su quello tecnico.

Sotto il primo profilo la norma non coglie nel segno. Infatti, impedita la decadenza con il mero deposito del ricorso introduttivo nulla impedisce al lavoratore di ritardarne la notificazione ovvero effettuarne una irregolare e così differire anche lungamente il giudizio e quindi la sentenza.

Inoltre, introdotto il giudizio nel breve termine decadenziale, nulla assicura una rapida definizione della controversia, la quale si accoderà al cronico arretrato giudiziario e alla durata dei vari gradi di giudizio.

Per quanto riguarda i licenziamenti ricadenti sotto la tutela debole, in cui il tempo non gioca certo a favore del lavoratore, la disposizione è anzi dannosa, perché spinge verso il contenzioso anche quelle controversie normalmente destinate alla conciliazione.

Infatti, se non si verrà incorrere nella decadenza bisognerà proporre impugnazione giudiziale nel termine, ancora breve, di centoventi giorni. Ciò determinerà, inevitabilmente, l'aumento rilevante dei costi di assistenza e perciò degli oneri per la conciliazione e quindi anche l'allontanamento delle *chances* di definire il giudizio transattivamente.

Con riferimento al licenziamento ingiustificato nell'area della reintegrazione ex art. 18 st. lav., la disposizione si rivela utile solo in casi di assoluta marginalità, cioè quelli in cui tra l'impugnazione giudiziale e quella stragiudiziale trascorra un lasso di tempo irragionevole, tale da far apparire l'eventuale condanna risarcitoria affatto iniqua, benché legale.

Dove, invece, il sistema si rivela effettivamente efficace e acceleratore, cioè con riferimento alle ipotesi di inefficacia e nullità, in ogni ambito di tutela, esso è all'opposto eccessivo.

Sotto questo secondo profilo, si osserva che l'assoggettamento a decadenza del licenziamento inefficace *ex art. 2 l. 604 del 1966* è una misura sproporzionata e fortemente lesiva del principio della «giustificazione necessaria del licenziamento»; e, senza mezzi termini, è perversa quando la si applichi alla nullità dei licenziamenti turpi, discriminatori, dei soggetti deboli.

Per quanto riguarda le ipotesi dei vizi *ex art. 2 l. n. 604 del 1966*, la disposizione non risolve il vero punto dolente, che è quello dell'individuazione del momento di perfezionamento del negozio da cui fare decorrere il termine di decadenza. Affida così un effetto certo, la decadenza, a un fatto incerto, l'intimazione orale, il cui accertamento è basato sulla fluidità delle prove orali.

Nonostante la giurisprudenza si ostini a definire nullo per mancanza di forma *ad substantiam* il licenziamento orale, senza tuttavia argomenti convincenti,¹⁰ le due cause di inefficacia *ex art. 2*, con riferimento al regime dell'impugnazione, presentano i medesimi problemi.

Infatti, tanto nell'ipotesi del licenziamento orale quanto in quella della mancata comunicazione dei motivi o della loro genericità, che è alla mancanza è assimilata, l'assoggettamento a decadenza frustra lo scopo della norma, che è quello di rendere effettiva la regola della giustificazione del licenziamento mediante l'emersione dei motivi. Dopo la legge n. 108 del 1990, infatti, la giustificatezza del licenziamento, quale fattispecie causale estintiva, costituisce la regola, mentre l'efficacia estintiva della volontà l'eccezione.

Ne discende che consentire, seppure indirettamente, che un licenziamento senza motivazione possa essere estintivo, quindi efficace, sovverte il suddetto principio.

Ciò non significa che l'impugnazione di un licenziamento inefficace a distanza da molto tempo dall'estromissione del lavoratore dal luogo di lavoro, non possa suscitare - sempre sotto il profilo dell'equità - delle perplessità, e che quindi la regola non vada modificata, ma solo che si possono trovare soluzioni diverse che consentano il raggiungimento dello scopo senza un sacrificio eccessivo dei principi sulla giustificazione.

¹⁰ Ci permettiamo di rinviare al nostro *L'inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo 2005 p. 79 ss. in cui si dimostra l'erroneità della suddetta qualificazione e la natura funzionale della regola di forma come strumentale all'emersione della giustificazione.

Consequentemente si offre un rimedio dinamico agli effetti dell'inefficacia che si dimostra essere solo temporanea.

Nelle due ipotesi previste dall'art. 2 sarebbe bastato ricostruire l'inefficacia in termini di inefficacia temporanea, fino alla formalizzazione del negozio di recesso e delle motivazioni. Senza necessità di invocare la reiterazione del licenziamento o fattispecie similari per limitarne gli effetti.

Con riferimento alla mancata o generica declinazione dei motivi, la proposta di modifica non scalfisce il vero problema dei licenziamenti affetti da c.d. vizi di forma. Infatti, nelle vicende ora considerate, una volta impedita la decadenza, nulla impedirà che la reintegrazione di diritto speciale o di diritto comune, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia stato impugnato nei termini, produca gli ampi effetti risarcitori che il d.d.l. si propone invece di impedire.

Viceversa, la temporaneità dell'inefficacia autolimita i suoi effetti al momento in cui i motivi, anche in sede giudiziale, emergano,¹¹ senza compromettere la funzione della norma.

*

Nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio l'assoggettamento dell'azione di nullità a un termine di decadenza appare molto poco opportuna.

Invero, il licenziamento discriminatorio è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata, cioè indipendentemente dal fatto che sulla giustificazione apparente si sia formata una decadenza, cosicché la vera ragione del licenziamento, che è la discriminazione, potrebbe venire scoperta con ritardo. Oppure, ancorché immediatamente conosciuta o sospettata, il tempo breve di impugnazione si rivela insufficiente all'elaborazione di un corredo probatorio complesso di cui il lavoratore è interamente gravato già nell'atto introduttivo, ancora a pena di decadenza.

Di fronte a un atto illecito e turpe non vi è ragione per sacrificare l'interesse al ristabilimento della giustizia del lavoratore, leso nei suoi diritti fondamentali, a favore dell'interesse del datore di lavoro, autore di un gravissimo illecito, alla certezza di farla franca rapidamente. Né la casistica giudiziaria palesa un numero di controversie sui licenziamenti discriminatori degno di essere preso in considerazione per qualunque ipotesi di limitazione. Anzi, la pressoché totale assenza di controversie dovrebbe indurre a interrogarsi sulla inefficacia delle norme di protezio-

11 Cammalleri, cit. , pp. 89ss e p. 101 ss.

ne, a meno di non illudersi dell'assenza di discriminazioni.¹²

Dove la decadenza è assolutamente ingiustificata è con riferimento licenziamento della lavoratrice madre o in gravidanza. In detta ipotesi la decadenza è fortemente sospetta di incostituzionalità. Difatti potrebbe aversi il caso della gravidanza scoperta solo dopo il compimento della decadenza, con enorme frustrazione della tutela primaria offerta dal divieto.

Prevedere che il licenziamento nullo debba impugnato in un termine di decadenza, che matura all'interno del periodo di divieto, significa fare diventare efficace, e definitivamente, il licenziamento stesso. Sul punto vi è il noto pronunciamento della Corte Costituzionale n. 61 del 1991, secondo cui la tutela dell'inefficacia temporanea del licenziamento, già prevista dall'art. 2 della legge n. 1024 del 1971 era inadeguata, dovendo invece il licenziamento essere radicalmente nullo. Di necessità la decadenza che impedisce la piena tutela della donna e del bambino nascituro o nato, in quanto limitativa della totale e radicale inefficacia dell'atto vietato, si pone in sospetto forte di legittimità costituzionale. Sospetto che non viene meno nemmeno considerando che sono tutti i licenziamenti a dovere essere impugnati in un termine di decadenza, perché anche una sanzione uguale per casi molto diversi è soluzione nondimeno irrazionale.

*

In chiusa e in linea generale, può ancora osservarsi che il termine di impugnazione giudiziale è assai breve, insolitamente inferiore a quello di sei mesi ex art. 2113 c.c. Inoltre, laddove si applica anche ai trasferimenti, esso è destinato a decorrere in costanza di rapporto di lavoro, anche per i rapporti non assistiti da stabilità, privando il lavoratore che non sia stato abbastanza temerario da impugnare immediatamente il trasferimento, anche della mera tutela risarcitoria.

Altro effetto particolarmente limitativo delle esigenze di tutela dei più deboli si verifica nel caso dei rapporti di lavoro irregolari e di quelli precari. Infatti, assoggettando a decadenza le estinzioni di rapporti di lavoro diverse dal licenziamento, anche quando venga in rilievo la qualificazione del rapporto, si priva di qualunque tutela il lavoratore per tutti i tronconi di rapporto, anteriori rispetto all'ultimo. Difficilmente, infatti, il lavoratore, impugnerà un recesso o una qualificazione quando

¹² Da ultimo esaurientemente Barbera M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano 2008.

abbia l'aspettativa di un nuovo ed *n* esimo contratto di qualunque natura.

Infine, ma non da ultimo, va segnalato che l'assoggettamento a generalizzata decadenza non risolve il punto dolente della normativa sugli effetti dei licenziamenti: la rapidità della decisione e la durata del processo.

Sotto questo profilo, trattandosi di materia in evoluzione, sarà utile avanzare un costrutto *de jure condendo*.

2. Una proposta tra luci e ombre delle tutele forti.

2.1. Luci

Il d.d.l. mette in discussione l'irrinunciabilità della reintegrazione senza affrontare direttamente il problema delle tutele forti nel macro-contesto tutela persona nello svolgimento del rapporto. Sempre indirettamente il progetto di riforma vuole inibire l'effetto primario della reintegrazione ex art. 18 st., di attuazione dell'effetto della sanzione comminata dalla legge per ogni tipo di vizio, affidando al giudice il potere di determinarne il contenuto.

Questo effetto, non esplicitamente dichiarato, merita qualche riflessione.

La sanzione della reintegrazione, nella sua apparente crudezza, pur se non è l'unico strumento possibile a tutela dei licenziamenti, realizza la preconditione di tutte le altre nello svolgimento del rapporto di lavoro. Basti richiamare le insuperate pagine di D'Antona¹³ per convincersi che il diritto del lavoro sarebbe *alienum* senza reintegrazione o tecniche similari.

Anche se l'attuale sistema ha comportato effetti indesiderati e indesiderabili, non pare che le cause di tali effetti siano da ricercare all'interno dell'istituto.

Invero, nemmeno i detrattori dello strumento, riescono a indicare alcuna ragione d'ordine strutturale e funzionale che convincano della necessità del suo superamento e ripiegano sugli effetti, spesso opinabili, talvolta anche abnormi, prodotti dall'applicazione concreta dell'istituto - rispolverando casi

13 La reintegrazione, Padova 1974, Cedam.

limite o, più convincentemente, certi effetti perversi della nullità per vizi di forma; effetto che è preso di mira dal comma 2 dell'art. 67 del d.d.l.

Gli effetti negativi, o l'incertezza circa l'entità delle conseguenze del regime di tutela forte, sono riconducibili, però, quasi esclusivamente a ragioni di ordine processuale, oltre che ordinamentale. Tuttavia, abbastanza surrettiziamente, i rimedi sono stati cercati – erroneamente – nel campo delle tutele, che non gli è proprio, piuttosto che in quello degli effetti, in cui si verificano le incongruenze.

Eliminare la reintegrazione e le altre tutele forti e affidare la giudice e alla contrattazione collettiva, non *erga omnes*, la definizione degli effetti della sanzione e dell'illegittimità del licenziamento, per scongiurare conseguenze indirette, equivale da un lato a introdurre fortissimi elementi di incertezza in ordine agli effetti concreti dell'illegittimità e da un altro lato significa buttare l'acqua sporca con tutto il bambino.

La stabilità reale del rapporto di lavoro costituisce la tecnica di tutela primaria della persona del lavoratore, più per gli effetti che ha durante il concreto svolgimento del rapporto, in funzione di strumento di tutela della libertà e della dignità della persona, che per l'ambito di tutela che gli è proprio: di reazione contro i licenziamenti illegittimi.

Si pensi, in argomento, al differente stato di soggezione del lavoratore con riferimento al rispetto dell'adempimento dei doveri datoriali a presidio dei suoi diritti fondamentali, il cui rapporto non sia assistito da stabilità reale rispetto a quello che viceversa lo sia.

Un'azione antidiscriminatoria o a tutela della sicurezza ha senso solo in caso di stabilità reale se non diventa una comune azione risarcitoria.

Solo la protezione forte contro il licenziamento assicura la certezza dei diritti, si pensi al corso della prescrizione per il datore di lavoro, e rappresenta l'anello di chiusura del sistema di protezione della persona nell'esecuzione del contratto di lavoro.

2.2 Ombre

Il grosso dei problemi che la tutela reale comporta non viene dall'istituto, né dalla tutela risarcitoria ad esso connessa, ma dalla sua applicazione concreta. Tra essi in primo luogo la lunghezza del processo, sulla cui durata ogni commento è superfluo. Ma anche altri

istituti accessori, come talvolta accade con la misura minima legale del risarcimento, nell'ipotesi della mancanza di colpa nell'intimazione del licenziamento illegittimo, oppure in caso di revoca immediata, appaiono sproporzionati. Talaltra, gli effetti indesiderati derivano dalla esecutività della sentenza di reintegrazione di primo grado, ove non eseguita in forma specifica, in caso di successiva riforma in appello: si pensi al licenziamento legittimo, (ancor più se per giusta causa) che però in primo grado sia stato annullato. Tutti effetti che suscitano forti perplessità, specie nelle realtà aziendali più piccole che possono avere difficoltà a reintegrare *medio tempore* il lavoratore «legittimamente» licenziato.

Nondimeno, è inopportuna l'indennità sostitutiva della reintegrazione, che appare sproporzionata e inutile, oltre che dannosa per le imprese finanziariamente meno dotate: normalmente quelle con più alti tassi di occupazione e che potrebbero più facilmente procedere alla effettiva reintegrazione.

L'ipotesi di riforma di cui si discute si incunea all'interno del sistema e propone una sola misura comune: affida l'effetto reale della tutela giudiziale in caso di licenziamento illegittimo alla valutazione del giudice. Ma ciò, ovviamente, non accelera il processo e non dà rapidità, quindi certezza, al giudizio sulle sorti del rapporto. Anzi, l'ampia discrezionalità del giudice nella graduazione delle sanzioni rischia di trasferire sulla parte più debole del processo, quella che più ha da temere dalla sua eccessiva durata, e di volta in volta, il trasferimento degli effetti - imprevedibili - dell'accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento.

Dunque, per dare al sistema un grado significativo di rapidità e certezza, per assicurare la neutralità del processo e il bilanciamento degli effetti che esso produce è sul piano del rito che si deve incidere.

*

2.3 Proposta

Non è raro nell'ordinamento che istituti pensati e strutturati per una disciplina subiscano una fruttuosa *contaminatio* da parte di altri istituti al fine di trovare nuove tecniche di tutela.

Così vi sono altri settori dell'ordinamento che dispongono di rimedi che - anche se poco o nulla hanno a che fare con il diritto del lavoro

- con gli opportuni adattamenti si prestano a fornire al giuslavorista una nuova materia da plasmare.

Il riferimento è al contratto di locazione, e in particolare alla locazione degli immobili urbani: non vuol essere un ritorno alle origini, ma di continuare un dialogo che è stato già aperto con l'art. 447 *bis* c.p.c. sul rito locatizio, anche se questa volta si tratta dell'ipotesi inversa: è il diritto del lavoro che può utilmente utilizzare strumenti della locazione, giacché il regime vincolistico delle locazioni postula la posizione di contraente più debole per il locatario e la tutela pregnante di rilievo costituzionale del diritto alla casa.

Le similitudini tra rapporto locatizio e rapporto di lavoro sono tante e preganti, suggestive più delle differenze da non dissuadere sul nascere dal tentare una contaminazione.

Non solo si tratta solo della somiglianza di due contratti, che in comune hanno la natura di durata, ma si tratta di due rapporti in cui la durata - anche se in modo diverso - ha effetti sul rapporto: es. l'anzianità nel rapporto di lavoro, l'indennità per la perdita dell'avviamento nella locazione.

Si tratta di due rapporti - e qui la consonanza è fortissima - che assicurano a una delle due parti, di regola quella più debole - il soddisfacimento di bisogni primari (e costituzionalmente protetti).

E ancora, in entrambi i rapporti, i familiari del contraente debole sono contemplati come oggetto di tutela da parte del tipo: si pensi per la locazione alla successione nel contratto o al diritto di prelazione.

In entrambi i rapporti, insomma, l'autonomia contrattuale, la funzione economica dello scambio e le sue esigenze di celerità e rapida circolazione sono assai compresse e devono sottostare alla impossibilità di astrarre il bene oggetto del rapporto dal soggetto che ne è titolare.

Neanche una fede cieca nella capacità di autoregolazione del mercato potrebbe superare le priorità costituzionali o, detto in altri termini, un certo grado di equità funzionale a scapito dell'efficienza dello scambio prestabilito a livello ordinamentale.

Nelle locazioni di immobili urbani circolazione della cosa e conduttore non possono essere considerati partitamente, come del resto accade nel diritto del lavoro per lavoro e lavoratore.

In termini di disciplina positiva a confronto si pensi:

alla nullità della clausole di risoluzione della locazione in caso di vendita della cosa locata, il *pendant* con la disciplina del trasferimento d'azienda è fortissimo;

alla nullità di tutte le clausole difformi dal trattamento legale del contratto e alla possibilità di ottenere la ripetizione di quanto eseguito in violazione delle clausole difformi, con azione da esperirsi entro sei mesi dal rilascio della casa (ora, art. 13 comma 2 legge n. 431 del 1998), il suggerimento indirizza dritto alla disciplina dell'art.2113 c.c. ;

alla misura non libera, con o senza legge equo canone, della determinazione del corrispettivo della locazione, che evoca la nozione di retribuzione minima sufficiente;

alla determinazione del contenuto contrattuale attraverso gli accordi collettivi delle organizzazioni di categoria, non dissimile dai contratti collettivi;

alla mediazione delle organizzazioni collettive di categoria nella risoluzione delle controversie, all'assistenza alla stipulazione del contratto, non dissimile dalla funzione conciliativa delle OO.SS.;

al blocco degli sfratti in caso di tensione abitativa: non si possono non evocare *cigs* e mobilità.

Per così dire *fuori* dal contratto, conduttori e lavoratori hanno in comune il sostegno del reddito:

la funzione di buoni casa e degli assegni familiari non è molto diversa;

le agevolazioni per l'acquisto della prima casa o per l'edilizia economica e popolare non ha funzione diversa dalle incentivazioni all'intrapresa di lavoro autonomo, si pensi, tra l'altro, alla liquidazione anticipata dell'indennità di mobilità;

le incentivazioni alle costituzione di cooperative edilizie da un lato e di lavoro da un altro risponde alle medesime ragioni.

Si può chiudere il quadro, non necessariamente esaustivo, con il riferimento alla rilevanza macroeconomica dei due contratti.

*

I punti di contatto che fin qui evidenziati sono tali da non potere considerare assolutamente impraticabile la via di un'incursione del diritto del lavoro nella disciplina della convalida di sfratto o di licenza.

Anche se non è dato sottovalutare le differenze strutturali e fun-

zionali del procedimento di convalida di sfratto con l'azione di annullamento o di nullità del licenziamento.

Nella locazione vi è l'esigenza, che nel diritto del lavoro non v'è, di disporre di un titolo esecutivo per ottenere la materiale estromissione del soggetto dalla cosa locata; mentre nel diritto del lavoro il datore di lavoro con il licenziamento causa l'estromissione materiale del lavoratore dall'unità produttiva.

Nella locazione, il locatore non è nelle condizioni di riprendersi la cosa dal conduttore senza incorrere nel reato di ragion fattasi; sicché il procedimento di convalida, (che ha unicamente lo scopo di costituire un titolo certo e rapido per ottenere l'estromissione di un soggetto da una cosa), potrebbe apparire del tutto inutile in materia di licenziamenti, dove questa necessità non v'è.

Nondimeno in termini funzionali le similitudini sono più delle differenze.

Infatti, non può negarsi, che anche nel diritto del lavoro v'è la necessità di un titolo certo, definitivo e rapido che metta la parola fine in ordine alla legittimità del licenziamento: solo che ciò è in funzione non di assicurare l'estromissione ma di accertare inoppugnabilmente la liceità di tale estromissione, la cui eventuale mancanza viene sanzionata come regola generale naturale¹⁴; la reintegrazione nel posto di lavoro dal quale vi era stata l'espulsione. Si tratta del rovescio della medaglia sfratto.

Al procedimento di convalida di sfratto o di licenza - con gli opportuni adattamenti - può riconoscersi allora la diversa funzione di convalida del licenziamento, qui con gli effetti di rendere certa rapida e definitiva la reintegrazione o non del lavoratore; anzi come si vedrà di qui a poco non potrà, in molti casi, neppure parlarsi di reintegrazione in senso letterale.

*

L'idea base è quella del licenziamento intimato come si intima lo sfratto.

Si ipotizzi che il datore di lavoro che intimi il licenziamento al lavoratore debba contestualmente citarlo, osservato un termine minimo a comparire, davanti al giudice del lavoro, per la convalida dello stesso.

14 Cass. SU n. 141 del 2006.

Se il giudice convalida, l'ordinanza di convalida acquista efficacia di cosa giudicata in ordine alla risoluzione del rapporto. Se non convalida si instaura un normale giudizio di cognizione.

È facile l'obiezione: quanti lavoratori non si opporrebbero alla convalida? Forse nessuno! Il procedimento sarebbe perciò inutile.

La partita è tutta qua e si gioca sugli adattamenti stragiudiziali (sostanziali, procedurali) e processuali al rito di convalida in relazione alle specificità del diritto del lavoro.

Senza un ordine preciso di esposizione perché gli uni e gli altri sono così interconnessi che ognuno di essi è utile se non necessario per la pervietà dell'ipotesi, se ne tracciano alcuni.

Innanzitutto, il tentativo obbligatorio di conciliazione in sede stragiudiziale di cui il d.d.l. prevede condivisibilmente l'abrogazione va sostituito con meccanismi di premiali della mancata opposizione.

In secondo luogo, vanno abrogati gli istituti del risarcimento del danno in misura minima di cinque mensilità e dell'indennità sostitutiva della reintegrazione. Entrambi finirebbero per incentivare il contenzioso alla ricerca di un valore aggiunto alla reintegrazione; né si palesano ragioni per cui, riparato immantinenti e *in toto* il torto subito, al lavoratore debba spettare tale *surplus* di tutela.

In terzo luogo, i momenti dell'intimazione e motivazione del licenziamento andrebbero unificati.

In quarto luogo, ai requisiti di forma dell'intimazione del licenziamento andrebbe aggiunta l'indicazione specifica delle fonti di prova su cui il licenziamento si fonda. L'indicazione è funzionale sia al meccanismo di incentivazione alla non opposizione sia in funzione di assicurare immediatezza al giudizio di opposizione.¹⁵

In quinto luogo, nel caso di licenziamenti disciplinari o per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, il termine dilatorio per le difese del lavoratore dovrebbe essere assorbito nel termine a comparire, anche se qui la tecnica di contestazione/intimazione dovrebbe essere affinata per evitare problemi di costituzionalità. Ci si ritornerà in sede si analisi del giudizio per la convalida.

Nel caso di giusta causa bisognerebbe inoltre introdurre l'istituto della sospensione cautelare che il datore di lavoro può intimare conte-

15 *Amplius infra.*

stualmente alla citazione per la convalida, con gli effetti di fare retroagire gli effetti della convalida stessa al momento dell'intimazione.

Infine, l'abolito tentativo obbligatorio di conciliazione andrebbe sostituito con un meccanismo che premia la mancata opposizione del lavoratore alla convalida.

Si possono ipotizzare due percorsi alternativi.

Uno interamente rimesso alla volontà delle parti e un altro rimesso solo alla volontà del lavoratore.

A) Il datore di lavoro, contestualmente all'intimazione di licenziamento, dovrebbe potere offrire (ovviamente in aggiunta al TFR), al lavoratore che non si opponga alla convalida, o che non compaia, un'indennità senza altra causa che l'accettazione della risoluzione del rapporto. Indennità del tutto svincolata dal tipo di giustificazione adottata per il licenziamento e insindacabile, ai fini della decisione sulla sussistenza della legittimità del licenziamento, da parte del giudice della convalida. L'accompagnamento della soluzione con misure di vantaggio fiscale e previdenziale rafforzerebbero il successo della soluzione conciliativa.

B) Il diritto all'indennità spetta al lavoratore che non si opponga o non compaia in una percentuale, variabile in funzione dell'anzianità oppure solo a partire da una certa anzianità e in funzione del periodo di tempo mancante alla pensione, commisurata all'indennità sostitutiva del preavviso e - quando spetta - a questo aggiuntiva. Anche se qui, in caso di giusta causa, appare difficile imporre al datore di lavoro che subisce la condotta illecita il pagamento di una somma straordinaria per ottenere il consenso alla convalida. Si tratterebbe del prezzo della certezza della risoluzione - al riparo dall'alea del giudizio - ma è comunque difficile trovare una giustificazione, tanto più che l'offerta sarà tanto più accettata quanto più fondato si palesa il licenziamento.

Nulla vieta poi una combinazione delle due soluzioni.

In entrambe le ipotesi tale meccanismo premiale sostituisce energeticamente l'inutile tentativo di conciliazione (o un costoso arbitrato che pure il d.d.l. incentiva fortemente confidando che si tratti della panacea) e spinge convincentemente le parti a trovare un accordo in tempi rapidi.

Si tenga presente che qui il lavoratore conosce non solo i fatti e i motivi ma anche le allegazioni probatorie del datore di lavoro. Il giudizio di prognosi è dunque fondato su elementi precisi e il lavoratore non

può sperare di modificare le sorti del giudizio in funzione del lungo tempo né il datore di lavoro può tentare di lavorare ai fianchi il lavoratore.

Ovviamente se tra l'intimazione e la convalida datore di lavoro e lavoratore raggiungono un accordo all'udienza possono sottoporlo al giudice per la convalida.

Meno che mai l'eventuale sussistenza di vizi di forma (ma questa affermazione sarà più chiara poco oltre in sede di analisi del procedimento giudiziale) potrà indurre il lavoratore, il quale sappia o riconosca il licenziamento fondato nella sostanza, ad opporsi alla convalida; ciò perché, nel successivo giudizio - sanato il vizio di forma in tempi brevi e senza conseguenze particolarmente per lui favorevoli - sarebbe soccombente e perderebbe anche l'indennità di convalida, sia essa del primo o del secondo tipo.

Maggiori elementi di certezza e celerità vengono modellando i poteri del giudice della convalida.

Si è detto dei requisiti dell'intimazione del licenziamento fatti, motivi e fonti di prova. Della citazione a udienza fissa per la convalida, andrebbe precisato il termine minimo a comparire, avvertimenti e garanzie di notificazione del tutto mutuabili dal procedimento locatizio: avvertimento che la mancata comparizione determina la convalida, che l'opposizione determina la perdita dell'indennità di convalida offerta, nel tipo A o di quella fissa nel tipo B, la notificazione a mani proprie al domicilio effettivo, l'avviso con raccomandata in caso di notificazione non a mani proprie, la rinnovazione della notificazione nel caso in cui il giudice abbia motivo di ritenere che l'intimato non ha avuto conoscenza della citazione. (Si pensi al lavoratore ricoverato in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto o assente per malattia) il termine per eventuali difese scritte e controprove anche nel caso di proposizione dell'opposizione non ancora avvenuta.

In caso di licenziamenti disciplinari, per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, contestazione dell'addebito, l'indicazione delle fonti di prova e intimazione del licenziamento e la citazione per la convalida dovrebbero essere contestuali.

Per la discolpa del lavoratore basterebbe prevedere che essa debba essere comunicata in un termine anteriore all'udienza di convalida, del

resto il termine legale è di appena cinque giorni. (Non pare che la brevità dei termini possa essere indicata lesiva del diritto di difesa: si pensi al rito direttissimo nel processo penale in cui sono in gioco interessi non meno rilevanti di quelli in discussione.)

Il datore di lavoro, senza nessuna conseguenza, dovrebbe potere: non comparire all'udienza, così accogliendo tacitamente la discolpa, comparendo rinunciare alla convalida;

notificare prima dell'udienza l'irrogazione di una sanzione conservativa;

disattendere *per facta concludentia* le discolpe e coltivare il giudizio di convalida, salvi gli effetti dell'opposizione del lavoratore.

All'udienza di convalida può accedere che il datore di lavoro o il lavoratore non compaiano.

Se il lavoratore non compare o comparendo non si oppone la questione della risoluzione del rapporto passa in cosa giudicata e avverso la stessa saranno esperibili solo i rimedi straordinari.

La decorrenza del preavviso è dalla notificazione dell'intimazione, sicché il tempo del processo di convalida sarebbe neutro correndo durante il preavviso.

In caso di licenziamento per giusta causa il procedimento di convalida si svolgerebbe durante la sospensione cautelare e perciò in un periodo che in ogni caso è di costanza del rapporto.

Può poi accadere che sia il datore di lavoro a non comparire perché per esempio di rende conto di avere commesso degli errori di forma nell'intimazione del licenziamento o perché vi ha rinunciato (e qui non vi sarebbero i problemi connessi alla revoca) o perché si è accordato con il lavoratore (per esempio in sede sindacale) o perché ha accolto le giustificazioni fornitegli dal lavoratore prima dell'udienza. L'intimazione (e l'eventuale offerta di somma aggiuntiva) deve perdere efficacia e il datore di lavoro può ben reiterare la procedura. Il vantaggio è che i tempi sono brevissimi.

Ma la possibilità del rito presenta i suoi vantaggi anche in caso di opposizione del lavoratore; opposizione che i meccanismi premiali indicati dovrebbero confinare alle ipotesi in cui la mancanza di giustificazione appaia manifesta.

Ora, nel rito locatizio se il conduttore compare e si oppone, il giu-

dice non può convalidare lo sfratto (non occorre infatti alcun motivo per opporsi e la convalida serve appunto ad accertare solamente che opposizione non v'è stata) e deve istruire un ordinario giudizio di cognizione con il rito locatizio (cioè sostanzialmente quello del lavoro).

In caso di opposizione il giudice, su istanza dell'intimante, può emettere ordinanza provvisoria di rilascio con riserva delle eccezioni del convenuto. Non mi soffermo sui presupposti perché per il caso di licenziamento ne vanno individuati degli altri.

Nel procedimento per convalida di licenziamento i poteri del giudice sia in sede di convalida sia in sede di opposizione, andrebbero estesi alla legittimità sostanziale dell'intimazione e non solo a quelle formale com'è nelle locazioni.

In caso di opposizione del lavoratore, il giudice che nell'intimazione ravisasse un vizio di forma, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, invece di negare la convalida e istruire il processo di opposizione dovrebbe indicare al datore di lavoro i vizi da rimuovere e ordinarli di procedere a una nuova intimazione.

Si otterrebbe così nel giro di poche settimane, senza alcun risarcimento, perché fino alla convalida il rapporto non si è mai interrotto, l'effetto di una sentenza resa a distanza di anni, con effetti i cui danni è facile immaginare.

Ovviamente il datore di lavoro potrebbe non raccogliere l'invito del giudice e direttamente, opponendosi all'ordinanza, dare luogo al giudizio di cognizione.

Non sussistendo i presupposti per la rinnovazione della intimazione e in caso di opposizione del lavoratore si aprirebbe il giudizio ordinario di cognizione sul licenziamento. Licenziamento che, è il caso di ricordare non è ancora efficace perché non è stato convalidato.

Si aprono diverse possibilità.

Su istanza del datore di lavoro il giudice pronunzia ordinanza provvisoria di licenziamento o di convalida della sospensione cautelare con riserva delle eccezioni dell'intimato.

Su istanza del lavoratore il giudice pronunzia ordinanza provvisoria di reintegrazione.

È chiaro che i presupposti delle due ordinanze dovranno essere diversi.

Nel caso del datore di lavoro non va allegata alcuna circostanza, essendo sufficiente remora a chiedere l'ordinanza provvisoria di licenziamento o di convalida della sospensione cautelare il risarcimento che dovrà corrispondere in caso di soccombenza nel giudizio di opposizione, né al giudice è riconosciuta discrezionalità nella concessione della misura.

Nel caso del lavoratore i presupposti dovranno essere o quelli di qualsiasi provvedimento cautelare ex art.700 c.p.c. o quelli di cui all'art.18 comma 7 e ovviamente lì il giudice non è affatto vincolato dalla richiesta della parte.

Così l'alea della misura del risarcimento in assenza di prestazione è assai ridotta rispetto al rito ordinario.

Se poi si prevede che il giudizio di opposizione di svolga in unico grado, da celebrarsi in corte d'appello – da preferire per la gravità della materia alla non appellabilità della sentenza del tribunale - anche il problema degli effetti della riforma della sentenza di reintegrazione di primo grado sono superati in radice; con il vantaggio ulteriore di dare uniformità di giurisprudenza in tema di licenziamenti in un più vasto ambito territoriale.¹⁶

Il giudizio di opposizione dovrebbe perciò seguire immediatamente quello di convalida, con fissazione d'ufficio dell'udienza ex art.420 c.p.c., e dovrebbe basarsi sulle allegazioni istruttorie già contenute nella citazione per la convalida, salve le prove contrarie che il lavoratore dovesse articolare nel termine che gli spetta.

Se poi il lavoratore opponente non si costituisce nella fase di opposizione dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di una convalida tardiva.

Un sistema siffatto, certo non elimina tutti i problemi e sicuramente con l'applicazione ne porterebbe altri, mi pare però in conclusione che nell'ipotesi data se storture si verificano nella disciplina di riconduzione alla legalità di un licenziamento illegittimo, queste non possono essere attribuite alla reintegrazione, i cui effetti retroattivi arriverebbero, di fatto, solo sull'accordo delle parti su scelta del datore di lavoro e comunque nel giro di un paio mesi, in taluni casi durante il termine di preavviso.

¹⁶ Per le materie di rilevante gravità l'opzione è comune. Es. indennità di espropriazione e cause *antitrust*.

In chiusura, provocatoriamente, potrebbe dirsi che una volta introdotto tale sistema bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di mantenere una soglia di accesso alla tutela reale così alta o meglio un soglia costituita dal numero dei lavoratori.

Se così ancora si insiste nella necessità di abrogare esplicitamente o surrettiziamente la reintegrazione non è certo per scongiurarne gli effetti negativi accennati, che si possono eliminare, ma è per altre ragioni; e allora le si indichino chiaramente.

Finito di stampare
nel mese di luglio 2009
presso la tipografia Seristampa
Palermo