

LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO E TUTELA DEL LAVORATORE

di Antonia Muolo*

Sebbene oggi si riconoscano al datore di lavoro molteplici poteri non mancano, però, delle limitazioni a garanzia dei diritti del lavoratore che trovano un loro riconoscimento anche nella stessa Costituzione tra i diritti fondamentali che la Repubblica si propone di promuovere e tutelare. Il potere disciplinare, nello specifico, può avere profonde ripercussioni sul lavoratore potendo il datore giungere ad irrogare anche la massima sanzione, ovvero quella del licenziamento disciplinare. Il sistema delle impugnazioni, accompagnato dalla tutela reale o obbligatoria che può seguire in luogo di un licenziamento illegittimo, sono la conferma di quanto i poteri del datore di lavoro siano allo stesso tempo "un'arma a doppio taglio" che lo pongono in una posizione di supremazia ma allo stesso tempo molto onerosa.

Sommario: 1. La collocazione del licenziamento disciplinare. 2. Impugnazione del licenziamento disciplinare. 3. Tutela reale e tutela obbligatoria. 4. Conseguenze delle due forme di tutela. 5. Reintegrazione e riassunzione: le differenze.

1. La collocazione del licenziamento disciplinare

Il rapporto di lavoro subordinato è caratterizzato dalla presenza di due figure distinte tra di loro: quella attiva del datore di lavoro e quella passiva del lavoratore. La passività, a cui il soggetto prestatore dell'attività lavorativa è subordinato, discende dai poteri attribuiti per legge al datore di lavoro, cui quello disciplinare. Il potere disciplinare, consiste nella possibilità del soggetto datoriale di sanzionare comportamenti antidoverosi della controparte, ossia del lavoratore. Le sanzioni riconosciute al datore di lavoro

sono proporzionali alla gravità del fatto¹ e sono di due tipologie: conservative ed espulsive. Le prime consentono al lavoratore di proseguire il suo rapporto di lavoro (multa, sospensione, rimprovero), le seconde, sono invece preclusive del sopraddetto rapporto e trovano come unico reale riconoscimento il licenziamento appunto "disciplinare".

Esso si applica come *estrema ratio*, nel solo caso in cui la condotta del lavoratore sia talmente grave da far venir meno il vincolo fiduciario alla base di qualsivoglia attività. Non si tratta di un *tertium genus* di licenziamento, ma rientra nella categoria di recesso datoriale. Circa la sua qualificazione, però, ci sono stati accesi dibattiti soprattutto dati dalla mancanza di una netta presa di posizione dallo Statuto

¹ M. MSCIONE, *Dialoghi del diritto del lavoro*: secondo il quale: "il principio di proporzionalità, che è anche di razionalità, limita fortemente la discrezionalità del datore di lavoro". Tale principio ha anche una valenza collettiva che impone la comparazione non solo tra i fatti ma anche tra le persone: come non si possono punire in modo uguale persone che commettono diverse infrazioni, così, non si possono punire in modo diverso, persone che commettono la stessa infrazione.

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita a Bari l'8 aprile 2011 con la concessione della Lode. Dalla tesi di laurea: *Il licenziamento disciplinare*.

dei Lavoratori e nello specifico dall'art. 7. La questione è stata risolta nel 1982 dalla Corte Costituzionale. Con essa la Corte ha precisato che l'art. 7 non è di per sé applicabile al licenziamento per inadempimento, non potendo essere ricompreso tra le sanzioni disciplinate dalla norma²; ma rileva come l'identità di posizione del lavoratore imponesse estendere al licenziamento la garanzia del contraddittorio preventivo. La sentenza del 1982 dispone l'applicazione al licenziamento disciplinare dei soli primi tre commi dell'art. 7. E' stata poi la giurisprudenza ordinaria a completare l'opera considerando necessaria anche la forma scritta della contestazione ed il rispetto del termine dilatorio di cinque giorni per la difesa del lavoratore, di cui al comma quinto³. La Corte Costituzionale, è poi intervenuta nuovamente nel 1989⁴ per l'illegittimità costituzionale dei commi secondo e terzo dell'art. 7 St. Lav., nella parte in cui era esclusa la loro applicabilità al licenziamento per motivi disciplinari irrogato dall'imprenditore con meno di sedici unità, quindi al di fuori dell'art. 18 St. Lav..

Quanto all'impugnazione del licenziamento disciplinare ed alle forme di soluzione della controversia che può conseguire, la sentenza 1982, non lascia dubbi: non si applicano i commi sesto e settimo dell'art. 7, bensì la disciplina dell'impugnazione stragiudiziale, dell'arbitrato e del giudizio ordinario,

² In questo senso si erano pronunciate le Sezioni Unite l'anno precedente con la sentenza 29 marzo 1981 n. 1781: pur riconoscendo che le norme procedurali contenute nell'art. 7 «*apprestano al lavoratore una tutela più efficace di quella predisposta per i licenziamenti individuali*» dalla legge del 1966, la Corte di Cassazione aveva affermato che «*il licenziamento per inadempimento o mancanza del lavoratore è assoggettato alla disciplina contenuta nell'art.2119 c.c. e nella legge n.604 del 1966, a meno che non sia applicabile all'atto una diversa disciplina*»

³ Cass. civ. Sez. lav. 27gennaio 1993 n. 1000.

⁴ C. Cost. 25 luglio 1989 n. 427.

dettata dagli artt. 6, 7, 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604 e dall' art. 18 St. Lav. D'altra parte, è quanto meno indicativo che l'art. 18 St. Lav. nel prevedere l'inefficacia del licenziamento ex art. 2 L. 604/1966 e la nullità dello stesso, comminata dal giudice nel caso di assenza di giusta causa o di giustificato motivo ex art. 1 e 3 della stessa legge, non faccia riferimento alcuno al licenziamento disciplinare in relazione all'osservanza delle norme previste dall'art. 7, contenuto nello Statuto di cui fa parte l'art. 18.

2. *Impugnazione del licenziamento disciplinare*

Ovviamente il lavoratore non resta privo di tutela dinnanzi alle sanzioni disciplinari impartitegli dal datore di lavoro, ma a lui è riconosciuto lo strumento dell'impugnazione.

Il licenziamento disciplinare va impugnato ai sensi dell'art. 6 della legge 604/1966 - "*Norme sui licenziamenti individuali*", modificata dalla legge 108/1990 - attraverso la quale si consente al lavoratore di impugnare le sanzioni ed eventualmente ottenerne dei riconoscimenti.

Con la legge 604/66 si assiste al passaggio dalla libertà di licenziamento alla logica del licenziamento vincolato. Si rendeva, infatti, necessaria, al fine di garantire i lavoratori, l'introduzione di una limitazione al potere del licenziamento superando così il dogma liberale della parità formale delle parti del contratto di lavoro.

Al rafforzamento della tutela dei lavoratori, dopo pochi anni dall'emanazione della L. 604/66 interviene lo Statuto dei lavoratori che, restringendo ulteriormente l'area di recedibilità, acuisce il profilo sanzionatorio per il licenziamento illegittimo. Il quadro normativo viene completato con la legge

108/90 che ha provveduto a ridefinire il campo di applicazione della tutela del lavoratore, codificando in via ulteriore il principio della giustificazione del licenziamento in un ambito generale.

Così oggi, il rapporto di lavoro è garantito da due differenti forme di tutela: quella definita reale e quella definita obbligatoria, che si distinguono sia per l'applicabilità di alcune disposizioni normative, sia per le diverse conseguenze che da esse derivano in caso di licenziamenti invalidi ed illegittimi. Per accertare da quale delle due tutele è garantito il lavoratore bisognerà rifarsi non solo alle dimensioni occupazionali dell'impresa, come si è a lungo ritenuto, ma anche ai dati strutturali ed organizzativi dell'azienda⁵.

3. Tutela reale e tutela obbligatoria

La "tutela reale" è prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. Proprio questo articolo, è stato oggetto di discussione negli ultimi anni tra le parti politiche che in esso hanno visto, di volta in volta, un vero e proprio diritto ineludibile del lavoratore a conservare il proprio posto di lavoro, in ossequio all' art. 4 della Costituzione e che come tale dovrebbe appartenere a tutti i prestatori di lavoro; ovvero, un ostacolo all'espansione del mercato del lavoro in quanto freno all'assunzione di nuovi lavoratori per le pesanti conseguenze che la dichiarazione di illegittimità di un licenziamento può avere su un imprenditore.

La tutela reale, si applica ai datori di lavoro, imprenditori o non imprenditori, che presentino le seguenti soglie occupazionali:

- datori che occupino, nell'unità produttiva ove si è verificato il licenziamento, più di 15 dipendenti;

- datori che occupino, anche in più unità produttive ma nell'ambito dello stesso comune ove è sita l'unità produttiva in cui si è verificato il licenziamento, più di 15 dipendenti;

- datori che occupino complessivamente più di 60 dipendenti. Il computo dei dipendenti va fatto considerando i lavoratori stabilmente occupati in azienda al momento dell'intimazione del licenziamento.

Tra i lavoratori da considerare rientrano:

- quelli assunti con contratto a tempo indeterminato;

- quelli assunti con contratto a tempo parziale (part-time), ma in proporzione all'orario svolto rapportato al tempo pieno (2 lavoratori part-time al 50% si contano come una unità).

Restano esclusi dal computo, per previsione di legge:

- gli apprendisti (art. 53, D.lgs. 276/2003);

- i dipendenti assunti con contratto di inserimento (art. 59, D.lgs. 276/2003);

- il coniuge del datore di lavoro, nonché i suoi parenti entro il secondo grado (art. 18, L. 300 del 1970).

La "tutela obbligatoria" invece, è prevista dall'articolo 8 della legge n. 604/66 e dall'art. 2, comma primo, della legge 11 maggio 1990 n. 108.

Essa si applica:

- ai datori di lavoro privati, imprenditori non agricoli e non imprenditori, sino a quindici dipendenti;

- ai datori di lavoro imprenditori agricoli che occupano sino a cinque lavoratori;

- ai datori di lavoro privati, imprenditori e non, che occupano sino a sessanta dipendenti, quando non sia applicabile l'art. 18 Stat. e, quindi sostanzialmente quando gli occupati non superano le quindici o cinque unità;

- gli enti pubblici che occupano sino a quindici dipendenti, a meno che la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento, di contratto collettivo individuale.

⁵ Cass. civ. Sez. lav. 8 maggio 2001 n. 6421.

4. *Conseguenze delle due forme di tutela*

Qualora il licenziamento in fase di impugnazione, dovesse risultare illegittimo, perché intimato senza giusta causa o senza giustificato motivo o comunque senza il rispetto delle rigide forme richieste dal nostro ordinamento, il lavoratore, giovando della tutela a lui attribuita, potrà ottenere riconoscenze.

Nel caso di tutela obbligatoria, l'art. 8 della legge 604 del 1966, così come sostituito dall'art. 2 della legge 108 del 1990, prevede che a seguito della dichiarazione di illegittimità consegua un'obbligazione alternativa a carico del datore di lavoro. Egli, viene condannato a riassumere il lavoratore entro 3 giorni dalla declaratoria d'illegittimità oppure a risarcire il danno da questi subito, versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e determinabile in base al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. Si stima infatti che l'indennità sarà estensibile sino a 10 mensilità per i lavoratori con almeno dieci anni di anzianità, e fino a 14 per i dipendenti in servizio da più di venti anni. Ad ogni modo, la scelta tra riassunzione e risarcimento del danno spetta al datore di lavoro ed è per questo che tale regime garantisce ben poco sul piano della stabilità del lavoratore.

Nel caso in cui al lavoratore si riconosce tutela reale, non sussiste alternatività per il datore di lavoro, poiché, accertata l'illegittimità, in base all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, così come innovato dall'art. 1 della legge 108/1990, il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro come se il rapporto di lavoro non si fosse mai interrotto. Inoltre l'art. 18, comma 4,

prescrive in capo al datore di lavoro un obbligo di risarcimento del danno subito dal lavoratore: *"... il giudice condanna il datore di lavoro ad un' indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali ..."*.

Se il lavoratore non vuole ritornare in azienda, può scegliere di rinunciare alla reintegrazione e chiedere il pagamento di una indennità sostitutiva, pari a quindici mensilità della sua retribuzione globale di fatto. La scelta deve essere comunicata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza. Qualora il lavoratore, invitato a riprendere il lavoro a seguito di ordine di reintegrazione, non si presenti in azienda entro trenta giorni, ovvero non comunichi la sua volontà di optare per l'indennità sostitutiva, il rapporto di lavoro si intende definitivamente risolto (articolo 18, comma 5, della legge n. 300/1970). Dunque, il risarcimento globale complessivo consisterebbe nella retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, oltre alle quindici mensilità globali di fatto per la rinuncia alla retribuzione ottenuta giudizialmente.

La S.C. di Cassazione⁶ ha stabilito che, anche in caso di revoca di licenziamento illegittimo e quindi di continuazione del rapporto di lavoro, il lavoratore potrà ottenere il risarcimento di eventuali altri danni purché dimostri di averli subito a causa del licenziamento stesso (ad es. per eventuale lesione della salute e per le spese sopportate oltre ai costi di assistenza legale o per altri pregiudizi). Qualora l'ordine di reintegra venisse revocato, le retribuzioni di fatto maturate e già versate al lavoratore fino al giorno della pronuncia della sentenza saranno irripetibili, stante il rapporto lavorativo di fatto garantito

⁶ Cass. civ. Sez. lav., 5 maggio 2001 n. 633.

dall'art. 2126 del codice civile⁷. In questo caso, infatti, il lavoratore, pur essendosi messo a disposizione dell'azienda, non è stato utilizzato per l'espletamento delle attività lavorative e, quindi, il suo diritto rinviene non tanto dall'illegittimità del licenziamento quanto dall'ordine provvisorio del Giudice di reintegra nel posto di lavoro non rispettato dal datore⁸. Il quantum liquidato in favore del lavoratore reintegrato, ha natura risarcitoria e retributiva. Tale somma è a tutti gli effetti soggetta alla contribuzione previdenziale⁹.

5. Reintegrazione e riassunzione: le differenze

La tutela reale assicurata dall'art. 18 è comunemente detta "forte"; con essa si prevede la reintegrazione nel posto di lavoro *ex tunc*, come cioè se il rapporto di lavoro non si fosse mai interrotto.

Tale obbligo di reintegra sorge con la lettura del dispositivo da parte del giudice insieme con la condanna al risarcimento del danno subito dal lavoratore pari ad un'indennità globale di fatto che va dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione.

Possiamo affermare che l'ordine di reintegrazione, tuttavia, viene a proporsi come tutela autonoma rispetto a quella riparatoria patrimoniale. Sembra essere più tollerata, invece, la stabilità "obbligatoria", detta tutela "debole" consistente nell'alternatività per il datore di lavoro di decidere tra la riassunzione o il risarcimento del danno. In questo caso la riassunzione, non comporta il ripristino del rapporto di lavoro dal giorno del licenziamento, ma una vera e propria assunzione, *ex novo* con efficacia *ex nunc*.

La stabilità è un valore da promuovere e tutelare poiché esprime sul piano giuridico il principio della conservazione del rapporto di lavoro fino a quando il patto che lega prestatore e datore di lavoro non s'infranga sullo scoglio dell'inadempienza notevole degli obblighi contrattuali. Tale stabilità è, tuttavia, sostanzialmente smentita nel momento in cui, in presenza di una condanna del giudice, il datore può scegliere se riassumere o pagare la penale.

La tutela reale, concretizzandosi sia nella reintegrazione che in un risarcimento, rappresenta il principio più ragionevole nell'ottica della stabilità.

A seguito dell'accertamento del Giudice occorre che coloro i quali abbiano ingiustamente perso il proprio posto di lavoro debbano assolutamente riottenerlo.

⁷ A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari, 2005.

⁸ Cass. civ. Sez. lav., 14 maggio 1998 n. 4884; Cass. civ. Sez. lav., 24 novembre 1997 n. 11731.

⁹ Cass. civ. Sez. lav., 11 dicembre 2001 n. 15621.